Die Gehorsamspflicht des Staatsbeamten und des Soldaten gegenüber gesetzwidrigen Befehlen und die zivilrechtliche Haftung bei Ausführung solcher Befehle.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde,

welche mit

Genehmigung der Hohen Juristischen Fakultät

der

Vereinigten Friedrichs-Universität Halle-Wittenberg,

zugleich mit den angehängten Thesen

am Sonnabend den 22. Februar 1913, nachmittags 4½ Uhr,

öffentlich verteidigen wird

Walter Krantz,

Gerichtsassessor in Posen.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Opponenten:

Herr Gerichtsassessor Arno Büsch aus Berlin,
Herr Gerichtsassessor Arno Klang aus Delitzsch.

Halle a. d. S.

Buchdruckerei des Waisenhauses.

1913.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544727_0086

Inhalt.

Seite

A. I. Die Gehorsamspflicht des Staatsbeamten 1

II. Die Gehorsamspflicht des Soldaten 20

B. I. Die zivilrechtliche Haftung bei Ausführung gesetzwidriger Befehle durch einen Staatsbeamten 32

II. Die zivilrechtliche Haftung bei Ausführung gesetzwidriger Befehle durch einen Soldaten 45

Literatur.

A. Staats- und Verwaltungsrecht.

1. Bornhak, Grundriß des deutschen Staatsrechts. 2. Aufl. 1910.
2. Bornhak, Preußisches Staatsrecht. 2. Bd. 1889.
3. v. Kirchenheim, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 1887.
4. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 4. Aufl. 1. und 4. Bd. 1901.
5. Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht. 5. Aufl. 1909.
6. Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1884.
7. Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht. 2. Bd. 1896.
8. Meyer, Georg, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 6. Aufl. 1905.
9. Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht. In Hirths Annalen des Deutschen Reichs, 1884 S. 565 ff., 1885 S. 65 ff.
10. v. Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie. 1. Bd. 5. Aufl. (Bearbeitet von Zorn) 1899.
11. Schulze, Das preußische Staatsrecht. 1. Bd. 2. Aufl. 1888.
12. v. Seydel, Bayerisches Staatsrecht. 2. Bd. 2. Aufl. 1896.
13. Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 1. Bd. 2. Aufl. 1895.

B. Bürgerliches Recht.

14. BGB., Kommentar von Reichsgerichtsräten, U. E. Sebald. Nürnberg und Leipzig (RG. Komm.).
15. Delius, Die Haftpflicht des Beamten, 1901.
16. Loening, Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht, 1879.
17. Meltz, Die Beamtenhaftpflicht nach § 839 BGB. In den Rostocker rechtswissenschaftlichen Studien. 2. Bd. 3. Heft. 1904.
18. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 3. und 4. Aufl. 1910.
19. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl. 1907.
20. Salman, Haftung für Beamte bei Ausübung der öffentlichen Gewalt nach dem preußischen Gesetz vom 1. August 1909 und dem Reichsgesetz vom 22. Mai 1910. Juristische Wochenschrift 1911, S. 78 ff.

21. v. Schelhorn, Die Amtspflicht gegenüber Dritten nach deutschem und bayerischem bürgerlichen Recht. In Hirths Annalen des Deutschen Reichs, 1906, S. 439 ff.
22. v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. 5. und 6. Aufl. 1910.

C. Militärrecht.

23. Hecker, Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts, 1887.
24. Henseling, Die Kriegsartikel mit Erläuterungen, 1902.
25. Koppmann-Weigel, Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 3. Aufl. 1903.
26. Kröll, Die Bedeutung des Befehls nach Militärstrafrecht, 1904.
27. Mayer, Max Ernst, Deutsches Militärstrafrecht, 1907.
28. v. Nostitz-Wallwitz, Das militärische Delikt des Ungehorsams, 1905.
29. Schlayer, Militärstrafrecht, 1904.

D. Verschiedenes.

30. Bauer, Die rechtlichen Grenzen der Gehorsamspflicht und die Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen. In Hirths Annalen des Deutschen Reichs, 1902, S. 886 ff.
31. Binding, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Bd. 1905.
32. van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht, 1891.
33. Freund, Die Verantwortlichkeit der Beamten für die Gesetzmäßigkeit ihrer Amtshandlungen. Im Archiv für öffentliches Recht. 1. Bd. 1886, S. 108 ff. u. 355 ff.
34. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 16. und 17. Aufl. 1908.
35. Mayer, Max Ernst, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten. In der Festschrift für Laband. Tübingen 1908. S. 121 ff.
36. Perels-Spilling, Das Reichsbeamtengesetz. 2. Aufl. 1906.
37. Sieskind, Zur Lehre von der Gehorsamspflicht der deutschen Reichsbeamten, 1899.
38. Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform. Herausgegeben auf Anregung des Reichs-Justizamtes. Berlin 1908.

Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts, des Reichsgerichts in Zivilsachen und in Strafsachen, des Reichsmilitärgerichts.

Juristische Wochenschrift.

Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche, zum Gesetz betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten vom 31. März 1873 und zum Militärstrafgesetzbuche vom 20. Juni 1872.

Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.

A.

I. Die Gehorsamspflicht des Staatsbeamten.

Jeder Staatsbürger ist zum Gehorsam gegen die Gesetze des Staates verpflichtet. Insbesondere dürfen diejenigen, die, wie die Staatsbeamten und die Personen des Soldatenstandes, vornehmlich berufen sind, dem Staate zu dienen und die Aufgaben des Staates zu erfüllen, mit dem in den Gesetzen enthaltenen Staatswillen sich nicht in Widerspruch setzen. Die Erfüllung einer Pflicht bereitet aber überall da Schwierigkeiten, wo der Verpflichtete seine Handlungsweise nicht nach freiem Willen einrichten kann, sondern an den Willen eines anderen gebunden ist. Für jeden, der in einem Abhängigkeitsverhältnisse steht, kann daher leicht auch ein Widerspruch entstehen zwischen der Pflicht, die Gesetze des Staates einzuhalten, und der Pflicht, den Anordnungen dessen, der ihm übergeordnet ist, Folge zu leisten.

Wie ist dieser Widerspruch nach den Grundsätzen des Staatsbeamtenrechtes zu lösen? Muß der Staatsbeamte die Befehle seiner Vorgesetzten auch dann ausführen, wenn sie gesetzwidrig sind?

Von der Erörterung dieser ersten der von uns aufgeworfenen Fragen sind die richterlichen Beamten zunächst auszuscheiden, da sie, soweit ihre richterliche Tätigkeit in Frage kommt, in einem Abhängigkeitsverhältnisse nicht stehen. Für alle anderen Staatsbeamten ist die Frage nach den gleichen Grundsätzen zu beantworten, mögen sie im Dienste des Reichs oder im Dienste eines Bundesstaates stehen. Denn die Rechtsverhältnisse der deutschen Reichsbeamten und diejenigen der Landesstaatsbeamten sind völlig gleichartig.[1]) Sollen die Grenzen ihrer Gehorsamspflicht ermittelt werden, so können die Streitfragen, wie das Dienstverhältnis der Staatsbeamten juristisch aufzufassen ist und ob die Begründung des Beamtenverhältnisses durch einen öffentlichrechtlichen Vertrag oder

1) Laband, Staatsrecht, Bd. 1 S. 414; Meyer, G., S. 490 Anm. 2.

durch einen „einseitigen Akt der Staatsgewalt" erfolgt, unerörtert bleiben. Denn die Pflichten und Rechte der Beamten werden nicht in jedem einzelnen Falle bei der Anstellung vertraglich festgestellt, sondern sie ergeben sich aus der Verfassung und den Gesetzen und aus den auf Grund der Gesetze erlassenen Dienstanweisungen. Die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten sind einheitlich geregelt in dem Reichsgesetze vom 31. März 1873 (n. Fssg. v. 18. Mai 1907); die der preußischen Staatsbeamten sind, da das im Artikel 98 der preußischen Verfassungsurkunde verheißene Staatsdienergesetz nicht zustande gekommen ist, immer noch hauptsächlich nach den öffentlichrechtlichen Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts, dessen 10. Titel im II. Teile „von den Rechten und Pflichten der Diener des Staates" handelt, und weiterhin nach den Disziplinargesetzen [1]) zu beurteilen. Wo es an gesetzlichen Bestimmungen fehlt, muß das Wesen und der Zweck des Amtes dem Beamten die Wege weisen. Die Dienste des Beamten „empfangen nach Inhalt und Umfang ihre Regelung durch das Interesse und durch die Rechtsordnung des Staates, nicht durch kontraktmäßige Fixierung und anderseits nicht durch individuelles Belieben und persönliche Willkür".[2])

Keines der genannten Gesetze erwähnt ausdrücklich die Gehorsamspflicht des Staatsbeamten. Gleichwohl kann an ihrem Bestehen nicht gezweifelt werden. Sie ergibt sich aus dem Wesen des Staatsdienstes, mag man mit Laband [3]) und anderen ein Gewaltverhältnis des Staates zu seinen Beamten annehmen oder nicht. Das Staatsinteresse macht es erforderlich, daß die Verwaltung von einer einheitlichen Stelle aus nach einheitlichen Grundsätzen geleitet wird. Um dies zu ermöglichen, müssen sich die Beamten allen denjenigen Behörden und Beamten, von denen die Leitung der Staatsverwaltung ausgeht, unterordnen. Die Unterordnung wiederum ergibt die Pflicht zum Gehorsam gegen die Anordnungen der Vorgesetzten.

Die Gehorsamspflicht entbindet aber den Beamten nicht von der Pflicht, die Gesetze einzuhalten. Der Beamte hat, da er im Interesse des Staates tätig ist, darüber zu wachen, daß die Verfassung und die Gesetze von anderen nicht verletzt werden. Um so mehr ist es seine Pflicht,

---

1) Für richterl. Beamte v. 7. 5. 1851 (26. 3. 1856), für nichtrichterl. Beamte v. 21. 7. 1852 (Abänderungsges. v. 9. 4. 1879).

2) Laband B. I S. 414, vgl. ferner ALR. II, 10 § 85.

3) Bd. I S. 405.

auch bei der Führung seines Amtes die Grenzen des Gesetzes einzuhalten. Dies kommt zum Ausdruck in dem von den Reichsbeamten zu leistenden Diensteide; der Reichsbeamte schwört, daß er die „Reichsverfassung und die Gesetze des Reichs" beobachten werde.[1]) Der Diensteid der preußischen Staatsbeamten[2]) enthält gemäß dem Artikel 108 der Verfassungsurkunde das Versprechen, „die Verfassung gewissenhaft zu beobachten". Hierbei wird man unter „Verfassung" nicht nur die Verfassung im wörtlichen Sinne, sondern auch die verfassungsmäßig zustande gekommenen Gesetze zu verstehen haben. Die Pflicht, die Verfassung und die Gesetze zu wahren, wird ferner ausdrücklich erwähnt in dem Reichsbeamtengesetze, dessen § 10 lautet:

„Jeder Reichsbeamte hat die Verpflichtung, das ihm übertragene Amt der Verfassung und den Gesetzen entsprechend gewissenhaft wahrzunehmen."

Und § 13 bestimmt:

„Jeder Reichsbeamte ist für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich."

Erwähnt sei ferner die preußische Instruktion zur Geschäftsführung der Regierungen vom 23. Oktober 1817, wo es im § 8 heißt:

Abs. 1: „Bei den einzelnen Geschäften und Anordnungen müssen von den Regierungen überall die bestehenden Gesetze und Vorschriften strenge beobachtet werden."

Abs. 2: „Es ist auch ihre Pflicht, darauf zu sehen und zu halten, daß den Gesetzen und Vorschriften überall gehörig nachgelebt werde."

Abs. 7: „Niemals können sie etwas verfügen, was einem ausdrücklichen Gesetze entgegenläuft."

Unter der großen Zahl der Staatsbeamten können sich aber auch untüchtige und nachlässige befinden. Erteilt ein solcher Beamter einen Befehl, durch den er sich über die Gesetzesvorschriften hinwegsetzt, so würde es dem Interesse des Staates, dessen Wahrnehmung den Beamten obliegt, zuwiderlaufen, wenn der gewissenhafte Untergebene zu gehorchen verpflichtet sein sollte. Am empfindlichsten tritt der Widerspruch zwischen der Gehorsamspflicht und der Pflicht, die Gesetze zu beobachten,

1) Kaiserl. Verordnung v. 29. 6. 1871.
2) Königl. Verordnung v. 6. 5. 1867.

in die Erscheinung, wenn dem Beamten von seinem Vorgesetzten eine strafbare Handlung anbefohlen wird. Es erhellt daraus, daß die Gehorsamspflicht des Beamten eine Einschränkung erfahren muß, soweit die Befehle des Vorgesetzten den Gesetzen widersprechen.[1])

Die Frage, wie die Gehorsamspflicht des Beamten zu begrenzen sei, ist in der Literatur wiederholt erörtert worden. Man ist dabei zutreffend davon ausgegangen, daß der Beamte, sofern er den Befehlen seiner Vorgesetzten nicht blindlings zu gehorchen verpflichtet ist, berechtigt und verpflichtet sein muß, die Befehle daraufhin *nachzuprüfen*, ob sie den Gesetzen entsprechen. Dieses Prüfungsrecht kann aber wiederum kein unbeschränktes sein. Denn stünde dem Beamten das Recht zu, den Befehl seiner Vorgesetzten einer unbegrenzten Kritik zu unterziehen und von deren Ausfalle seine Befolgung oder Nichtbefolgung abhängig zu machen, so würde der Staatsbetrieb gelähmt und die Durchführung eines einheitlichen Staatswillens unmöglich werden. Es muß also festgestellt werden, worauf sich die Nachprüfung des Beamten zu erstrecken hat und wie sich nach dem Ergebnisse der Prüfung die Gehorsamspflicht gestaltet.[2])

In älterer Zeit galt die Ansicht, daß der Beamte der Staatsgewalt unbedingt unterworfen sei und allen Befehlen der Oberen blinden Gehorsam schulde (Baldus, Hobbes). Bald erkannte man, daß der Grundsatz des unbedingten Beamtengehorsams zu zügelloser Willkürherrschaft führe und daß daher dem Beamten die Pflicht auferlegt werden müsse, die Gesetzmäßigkeit der ihm erteilten Befehle nachzuprüfen. Hierbei übertrieb man nach der andern Seite und lehrte: Der Beamte habe ein umfassendes *Prüfungsrecht*, ein Befehl, der den verfassungs-

1) Loening, Verwaltungsrecht S. 122: „Zur Ausführung verfassungs- und gesetzwidriger Befehle ist er nicht verpflichtet und nicht berechtigt." v. Rönne S. 461 Anm. 4: „Einem gesetzwidrigen Befehle hat ein Verwaltungsbeamter nicht zu gehorchen." Rehm 1885 § 53: „Kein Befehl gegen Gesetz oder gegen Staatszweck verpflichtet zu Gehorsam." Zorn S. 314: „Die Befolgung von gesetzwidrigen Befehlen eines Vorgesetzten ist unstatthaft." Bauer S. 890: „Die Gesetze des Staats sind für alle Bürger verbindlich, neben ihnen kann weder das Recht bestehen, eine Gesetzesverletzung anzuordnen, noch die Pflicht, einem derartigen rechtsverletzenden Befehl nachzuleben."

2) Vgl. zu dem Folgenden die eingehende Darstellung bei Freund S. 117 ff., auch Bauer S. 888, Sieskind S. 9 ff.

mäßigen Formen und anerkannten Rechtsnormen widerspreche, sei unverbindlich. Diese Lehre wurde jedoch alsbald dahin eingeschränkt, daß der Beamte nur dann den Gehorsam verweigern müsse, wenn die formelle oder materielle Gesetzwidrigkeit des Befehls offenbar sei. Ein Beamter, der gleichwohl einen solchen Befehl ausführe, mache sich verantwortlich. Sei dagegen die Übereinstimmung des Befehls mit den Gesetzen zweifelhaft, so müsse der Befehl befolgt werden und die Verantwortung träfe dann den Vorgesetzten (Grotius, Pufendorf, Leyser u. a.). Diese Lehre traf im allgemeinen das richtige. Sie war aber unvollständig insofern, als sie nicht zwischen der formellen und der materiellen Gesetzwidrigkeit unterschied und ferner die Frage offen ließ, wann die Gesetzwidrigkeit als eine offenbare anzusehen sei.

Unter den Schriftstellern, die den Beamten für berechtigt und verpflichtet halten, die Befehle der Vorgesetzten auf ihre Rechtmäßigkeit nachzuprüfen, nehmen einige eine besondere Stellung ein. Sie lehren, der Beamte müsse, falls er an der Gesetzmäßigkeit eines Befehls zweifle, seine Bedenken höheren Orts vortragen. Werde der Befehl dieser Vorstellungen ungeachtet aufrechterhalten, so bleibe dem Untergebenen nur die „gloria obsequii“ (Gönner) und damit sei er von jeder Verantwortung frei. Diese sogenannte Remonstrationstheorie, die zuerst von Seuffert (1793), dann insbesondere von Gönner (1808) vertreten wurde, findet sich auch bei mehreren neueren Schriftstellern.[1]) Auch einige Landesgesetze und Verfassungen haben diesen Grundsätzen formelle Geltung verschafft (so das sächsische Staatsdienergesetz, ein braunschweigisches, ein sachsen-altenburgisches Gesetz, die schaumburg-lippische und die württembergische Verfassungsurkunde). Nicht mit Unrecht wird ferner darauf hingewiesen, daß sie auch in die Militärstrafgerichtsordnung vom 1. Dezember 1898 aufgenommen worden sind.[2]) Nach § 97 daselbst haben die Militärjustizbeamten, soweit sie nicht als Richter wirken, den Weisungen des Gerichtsherrn Folge zu leisten, jede im Laufe des Verfahrens ergehende Entscheidung und Verfügung hat ein Militärjustizbeamter unter Mitverantwortlichkeit für die Gesetzlichkeit mitzuunter-

1) v. Rönne S. 461 Anm. 5, S. 462, mit der Abweichung, daß einem „offenbar verfassungs- und gesetzwidrigen Befehle“ nach erfolgloser Rückfrage der Gehorsam versagt werden müsse; Schulze S. 317; v. Kirchenheim S. 217.

2) Laband a. a. O. S. 433 Anm. 2; M. E. Mayer S. 140 Anm. 1.

zeichnen; trägt er Bedenken gegen die Anordnungen des Gerichtsherrn, so hat er dagegen Vorstellung zu erheben, falls diese aber erfolglos bleibt, der Weisung des Gerichtsherrn zu entsprechen, der dann allein die Verantwortung trägt.[1]) Eine ähnliche Bestimmung enthielt auch der oben (S. 3) erwähnte § 8 der Regierungsinstruktion von 1817, dessen Absatz 4 lautet:

„In zweifelhaften Fällen, welche dringend sind, haben die Regierungen, ohne Anstand, im Geiste und nach Analogie der Gesetze, der Verfassung und angenommenen Verwaltungsgrundsätze zu verfahren, darüber aber gleichzeitig höheren Orts zu berichten, und wenn die Sache nicht dringend ist, solches vorher zu tun, ehe sie handeln."

Diese Grundsätze sind jedoch, wie Laband[2]) zutreffend ausführt, keine Lösung der aufgeworfenen Frage, sondern eine praktisch wertlose Umgehung derselben. Wenn der Beamte jederzeit von dieser Ausflucht Gebrauch machen könnte, würde er ein einfaches Mittel an der Hand haben, sich von jeder Verantwortlichkeit zu entlasten. Die Folge davon wäre aber eine unerhörte Verschleppung des Geschäftsganges und eine Lockerung der für die Verwaltung unentbehrlichen Beamtendisziplin.[3]) Wenn die Notwendigkeit der Prüfungspflicht aus der Pflicht des Beamten, für die Gesetzmäßigkeit seiner Handlungsweise einzustehen, gefolgert wurde, so geht es nicht an, ihm diese Verantwortlichkeit dadurch wieder abzunehmen, daß man ihn zu einer fruchtlosen Gegenvorstellung bei der vorgesetzten Behörde verpflichtet. Vielmehr muß von dem Ergebnisse der Prüfung die Pflicht zum sofortigen Gehorsam oder zur Gehorsamsverweigerung abhängig sein. Und deshalb ist es notwendig, feste

1) Nach einer Entsch. des Reichsmilitärgerichts (Bd. IX S. 106) ist der Militärjustizbeamte in diesem Falle zur Mitunterzeichnung nicht verpflichtet. Es heißt dort: Der Militärjustizbeamte sei keineswegs ein blindes Werkzeug in der Hand des Gerichtsherrn, er habe das Recht und die Pflicht, die Befehle des Gerichtsherrn auf ihre Gesetzmäßigkeit nachzuprüfen.

2) a. a. O. S. 432 Anm. 2.

3) Vgl. Laband a. a. O.: „Ein rechtswidriger und an sich nichtiger Befehl kann dadurch nicht Rechtswirksamkeit erlangen, daß er zweimal erteilt wird." Seydel S. 224: „Es ist Gefühlssache, ob ein Untergebener den Vorgesetzten auf die Gefahr hin belehren will, seine ‚bescheidene Freimütigkeit' (Gönner) mit einer Rüge wegen unnötiger Geschäftsverschleppung belohnt zu sehen." Dagegen auch Freund S. 124 f.; Perels-Spilling Anm. III zu § 10 RBG.

Grundsätze aufzustellen, worauf sich die Prüfungspflicht des Beamten zu erstrecken hat.

Die Gesetze geben keine positiven Vorschriften hierüber. Auch das Allgemeine Landrecht nicht; denn was in den §§ 45 ff. I, 6 über das Handeln auf Befehl gesagt ist, greift in das staatsrechtliche Gebiet der Frage nicht ein, sondern hat nur zivilrechtliche Bedeutung. Diese Paragraphen sind enthalten in dem Titel, der die „Pflichten und Rechte aus unerlaubten Handlungen" regelt, sie sind also durch das Bürgerliche Gesetzbuch außer Kraft gesetzt worden.[1]) Es bestimmen nämlich:

§ 45. Wer den Befehl dessen, dem er zu gehorchen schuldig ist, vollzieht, kann in der Regel zu keinem Schadensersatz angehalten werden.

§ 46. Er muß aber dafür haften, wenn die befohlene Handlung ausdrücklich verboten ist.

§ 47. Wer vermöge seines Standes oder Amtes die Befehle seiner Vorgesetzten ohne Einschränkung zu befolgen verpflichtet ist, von dem kann nicht gefordert werden, daß er einen in Dienstgeschäften ihm geschehenen Auftrag seiner Oberen prüfe.

Wollte man diesen Bestimmungen aber auch noch jetzt Gesetzeskraft deshalb zusprechen, weil sie öffentliches Recht enthielten, so läßt doch der § 45, wie Freund [2]) zutreffend sagt, die Frage offen, in welchem Umfange ein Beamter den Befehlen des Vorgesetzten zu gehorchen schuldig ist, und § 47 kann jedenfalls auf den Zivilstaatsbeamten, der die Befehle seiner Vorgesetzten nicht „ohne Einschränkung" zu befolgen hat, nicht Anwendung finden.[3]) Es kann also aus dem § 47 nicht gefolgert werden, daß der preußische Staatsbeamte schlechthin nicht verpflichtet oder berechtigt sei, die Befehle seiner Vorgesetzten zu prüfen.

Zu einer Erörterung der Frage, inwiefern der Beamte den ihm erteilten Befehl nachprüfen muß, hat sodann der § 113 des Strafgesetzbuchs Veranlassung gegeben, der denjenigen mit Strafe bedroht, der einem Beamten in der „rechtmäßigen Ausübung seines Amtes" Widerstand leistet. Nach der Rechtsprechung der höchsten Gerichte[4]) befindet der

---

1) Vgl. Art. 89 N. 1 b des preuß. AG z. BGB.

2) S. 144.

3) Vgl. Koch, ALR. Anm. 41 zu § 47: Man habe dabei hauptsächlich an Soldaten und niedere Beamte gedacht.

4) So preuß. Obertribunal Erk. v. 17. 11. 1871 bei Oppenhoff StGB.

Beamte sich dann in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes, wenn der Befehl von der sachlich und örtlich zuständigen Behörde ausgegangen und er, der ausführende Beamte, zur Vollstreckung des Befehls sachlich und örtlich zuständig ist. Liegen diese formellen Voraussetzungen nicht vor, so darf der von der Amtshandlung Betroffene Widerstand leisten, ohne straffällig zu werden. Dagegen ist die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung nicht auch davon abhängig, daß die materiellen gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung des Befehls gegeben sind.[1]) Da nun das Prüfungsrecht des Beamten gegenüber dem ihm erteilten Befehle zum mindesten dem Rechte des einzelnen, die Rechtmäßigkeit der ihn betreffenden Amtshandlung nachzuprüfen, gleich sein muß, hat man aus dieser Rechtsprechung gefolgert, daß auch die Nachprüfung des Beamten sich lediglich auf die Untersuchung zu erstrecken habe, ob der Befehl des Vorgesetzten in dem angegebenen Sinne formell gesetzmäßig sei.[2]) Doch bleibt dann noch die Frage offen, ob dem Beamten nicht wenigstens in gewissem Umfange auch ein materielles Prüfungsrecht einzuräumen ist, ob er nicht den Gehorsam verweigern darf, wenn er die materielle Gesetzwidrigkeit des Befehls erkennt, und ob er nicht sogar in diesem Falle zur Gehorsamsverweigerung verpflichtet ist.

Weitere Anhaltspunkte können in Frage kommen, wenn man die Entstehungsgeschichte der bereits erwähnten (S. 3) §§ 10 und 13 des Reichsbeamtengesetzes in Betracht zieht, wonach jeder Reichsbeamte das ihm übertragene Amt „der Verfassung und den Gesetzen entsprechend" wahrzunehmen hat und für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich ist. Der § 10 lautete nämlich in dem Regierungsentwurfe vom Jahre 1872:

„Jeder Reichsbeamte hat die Verpflichtung, das ihm übertragene

---

Anm. 12 zu § 113; v. 19. 1. 1872 in Goldammers Archiv Bd. 20 S. 94; RG. Rechtspr. in Straff. Bd. II S. 424, 559, IV S. 419, 605 (Entsch. Bd. II S. 440), VII S. 280.

1) Oetker, Vergl. Darstellung, Allg. Teil, II. Bd. S. 270: „Hat der befehlende Vorgesetzte die Vollmacht, entsprechend zu handeln, so wird durch diese Vollmacht auch der den Befehl ausführende Untergebene dem betroffenen Dritten gegenüber dergestalt gedeckt, daß diesem ein Widerstandsrecht nicht zusteht."

2) So Freund S. 133 ff.

Amt der Verfassung, den Gesetzen und sonstigen Anordnungen entsprechend gewissenhaft wahrzunehmen . . ."

Bei der zweiten Lesung im Reichstage wurden die Worte „und sonstigen Anordnungen" durch die Worte „und den von seinen Vorgesetzten innerhalb ihrer amtlichen Zuständigkeit getroffenen dienstlichen Anordnungen" ersetzt. Entsprechend dieser Bestimmung hatte der § 13 in der zweiten Lesung den Zusatz erhalten:

„Hat derselbe jedoch nach den Anordnungen eines Vorgesetzten gehandelt, welche innerhalb des Kreises der amtlichen Zuständigkeit des letzteren und in gesetzlicher Form erlassen waren, so trifft die zivilrechtliche und dienstliche Verantwortung dafür den Anordnenden allein."

Bei der dritten Lesung wurden beide Zusätze gestrichen. Durch die Streichungen sollte, wie aus den Äußerungen einiger Abgeordneten (v. Zedlitz, Neukirch, Planck, Lasker) hervorgeht, eine Abweichung von den bei der zweiten Lesung aufgestellten Grundsätzen nicht zum Ausdrucke gebracht werden. Man war der Ansicht, daß durch die §§ 10 und 13 auch ohne die Zusätze bestimmt werde, daß der Beamte dem Gesetze zu gehorchen und, soweit das Gesetz es vorschreibe, auch den Anordnungen seiner Vorgesetzten Folge zu leisten habe (Planck). Die Auslegung, die damit den §§ 10 und 13 gegeben wurde, war allerdings, wie Bauer [1]) erwähnt, nicht richtig. Denn hätte der Zusatz zu § 13 Gesetzeskraft erlangt, so würde der ausführende Beamte schon dann verantwortungsfrei sein, wenn die Anordnung innerhalb der Zuständigkeit des Vorgesetzten erlassen worden wäre, während die Auslegung des § 13 in seiner jetzigen Fassung auch die Zuständigkeit des ausführenden Beamten als zu seiner Entlastung erforderlich erscheinen läßt. Die Verhandlungen im Reichstage erwecken den Anschein, als ob man sich scheute, die Grenzen für die Pflicht des Beamten, die Gesetzmäßigkeit der ihm erteilten Befehle nachzuprüfen, gesetzlich festzulegen.[2])

---

1) S. 896.

2) Abg. v. Zedlitz zu § 10 bei der 2. Lesung (Drucks. des Reichstags S. 142): Es sei bedenklich, dem Beamten die Pflicht aufzuerlegen, die amtliche Zuständigkeit des Vorgesetzten nachzuprüfen. Abg. Planck zu § 10 bei der 3. Lesung (S. 892): Es müsse zugegeben werden, daß die praktisch entscheidende Frage, welche Anordnung als innerhalb der Zuständigkeit der vorgesetzten Behörde anzusehen sei, in diesem Gesetze überhaupt keine Beant-

Nur das eine ist mit Freund [1]) aus den Beratungen des Reichstages zu entnehmen, daß die Prüfungs*pflicht* des Reichsbeamten gegenüber dem Befehle des Vorgesetzten nicht anders bestimmt werden sollte, als dies bei der Auslegung und Anwendung des § 113 des Strafgesetzbuches geschehen war, daß sie sich also nur auf die Untersuchung der *formellen* Rechtmäßigkeit zu erstrecken habe.

Dem entspricht die vorherrschende Lehre Labands. Sie betont mit besonderer Schärfe den schon hervorgehobenen Unterschied zwischen der formellen und der materiellen Gesetzmäßigkeit des Befehls. Laband führt aus: [2]) Die Prüfung des Beamten dürfe sich nicht auf die Frage erstrecken, ob die vorgesetzte Behörde die bestehenden Rechtsvorschriften *materiell* richtig ausgelegt und angewendet habe. Wollte man dem Beamten das Recht einräumen, die Anordnungen seiner Vorgesetzten einer Überprüfung in diesem Sinne zu unterziehen und von dem Ausgange dieser Prüfung seine Mitwirkung abhängig zu machen, so würden nicht das Reichsgericht, sondern der Gerichtsvollzieher, nicht das Finanzministerium oder die Oberzolldirektion, sondern der Zolleinnehmer in Wahrheit die letzte Instanz sein. Vielmehr erstrecke sich die Prüfungspflicht des Beamten lediglich auf die *formelle* Rechtmäßigkeit der ihm erteilten Vorschriften und bestehe in der Beantwortung der drei Fragen:

1. Ist der Befehl in der vorschriftsmäßigen *Form* erteilt worden?
2. Ist die *befehlende Behörde zuständig*, den Befehl zu erlassen?
3. Ist der *beauftragte Beamte zuständig*, die ihm aufgetragene Handlung vorzunehmen?

Der Beamte habe selbständig und mit eigener Verantwortlichkeit zu prüfen, ob die ihm zustehende Amtsgewalt ihn ermächtige, die ihm aufgetragene Handlung vorzunehmen. Wenn die Vornahme der aufgetragenen Handlung nicht zum Geschäftskreise des beauftragten Beamten gehöre oder ihm nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften untersagt sei, so sei er weder berechtigt noch verpflichtet, dem Befehle Folge zu leisten. Diese Prüfung erstrecke sich aber auch nur auf die formelle

wortung finde, sondern daß rücksichtlich der Beantwortung dieser Frage auf die Spezialgesetze verwiesen werden müsse.

1) S. 139 ff.

2) a. a. O. Bd. I S. 433 ff.; deutsches Reichsstaatsrecht S. 99.

Seite, d. h. nicht darauf, ob durch die anbefohlene Handlung das geltende Recht verwirklicht oder verletzt werde, sondern nur darauf, ob er zur Vornahme „derartiger Handlungen überhaupt“ [1]) befugt sei, sowohl mit Rücksicht auf die territoriale Umgrenzung seiner Amtsgewalt, als auch mit Rücksicht auf die sachliche Begrenzung derselben. Auch die Zuständigkeit der befehlenden Behörde habe der beauftragte Beamte nur nach der formellen oder abstrakten Seite hin zu prüfen.

Die Lehre Labands hat in der staatsrechtlichen Literatur allgemeine Anerkennung gefunden und ist nur von einzelnen Schriftstellern anders dargestellt und erweitert worden.[2]) In der Tat muß die Nachprüfung der drei von Laband aufgestellten Fragen jedem Beamten zur Pflicht gemacht werden. Wenn das Gesetz eine Form für amtliche Anordnungen vorschreibt, macht es ihre Verbindlichkeit von der Einhaltung der Form abhängig. Die Form dient dem ausführenden Beamten zum Ausweise dafür, daß die Willensäußerung der befehlenden Behörde in rechtsgültiger Weise erfolgt ist. Die Kenntnis der Formvorschriften und die Nachprüfung der Form gehört daher zur Amtspflicht auch des *ausführenden* Beamten.

So muß beispielsweise ein Polizeibeamter wissen, daß er dem mündlich erteilten Auftrag eines Richters, jemanden zu verhaften, nicht Folge geben darf, ohne daß ein schriftlicher Haftbefehl ausgestellt wird (§ 114 Abs. 1 StPO.).

Soweit ferner das Gesetz und die auf Grund des Gesetzes ergangenen amtlichen Anweisungen den Kreis der einem Amte zufallenden Geschäfte feststellen, sind, wie Laband sagt, Behörden und Beamte nicht imstande, ihre eigene Zuständigkeit und die der ihnen unterstellten Beamten zu erweitern. Es ist daher ebenso Pflicht des ausführenden Beamten wie des Vorgesetzten, seine Zuständigkeit innezuhalten.

Ein Gerichtssekretär darf der Anordnung eines Richters, einen Offenbarungseid abzunehmen, nicht Folge leisten. Ein Lokomotivheizer, der die gesetzlich vorgeschriebene Prüfung eines Lokomotivführers nicht abgelegt hat, darf der Anordnung eines Bahnhofsvorstehers, an Stelle des

---

1) S. 434.

2) Freund S. 135; Schulze S. 315; Seydel S. 223; Zorn S. 315; v. Calker S. 42; Sieskind S. 25; G. Meyer S. 514; Delius S. 23 Anm. 1; M. E. Mayer, Der rechtsw. Befehl S. 140; Kleinfeller in Vergleich. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgem. Teil, I. Bd. S. 287.

plötzlich erkrankten Lokomotivführers die Lokomotive zu führen, nicht nachkommen. Beide müssen wissen, daß sie zur Vornahme derartiger Handlungen nicht befugt sind. Oder würde z. B. ein Postdirektor einen ihm unterstellten Postbeamten anweisen, die an eine bestimmte Person gerichteten Postsachen zu vernichten, so müßte der angewiesene Beamte den Gehorsam verweigern, weil ihm bekannt sein muß, daß der Postdirektor einen derartigen Befehl nicht erteilen darf.

Das Recht und die Pflicht zur Nachprüfung der Zuständigkeit ist nur dann ausgeschlossen, wenn eine Behörde, z. B. ein Gerichtshof, berufen ist, eine formell wirksame Entscheidung über die Zuständigkeit zu treffen.[1])

Die Prüfungspflicht ist erschöpft, wenn der Beamte die formellen Voraussetzungen der Gesetzmäßigkeit des Befehls, also die Erfüllung der Form und die Einhaltung der abstrakten Zuständigkeitsgrenzen, festgestellt hat. Anders liegt es mit der materiellen Gesetzmäßigkeit. Die materiellen Voraussetzungen einer amtlichen Anordnung zu prüfen, ist Sache des Vorgesetzten, der sie erteilt. Das Gesetz kann nicht für jeden irgendmöglichen Fall eine Rechtsnorm aufstellen. Es gibt in der Regel nur allgemeine Leitsätze, aus denen die zur Verwirklichung des Staatswillens berufenen Beamten die Voraussetzungen und Richtlinien für ihre amtliche Tätigkeit zu entnehmen haben. Die Feststellungen, von denen danach die materielle Gesetzmäßigkeit der Befehle abhängt, gehören also zur pflichtgemäßen Prüfung der anordnenden Behörde. Der zur Ausführung des Befehls berufene Beamte wird oft gar nicht in der Lage sein, die materielle Gesetzmäßigkeit nachzuprüfen, weil er nicht die Umstände kennt, die dem Befehle zugrunde liegen. Somit ist die Frage nach der materiellen Gesetzmäßigkeit einer anbefohlenen Handlung grundsätzlich der Nachprüfung des ausführenden Beamten entzogen. Der Richter prüft, ob die Voraussetzungen für die Anordnung der Untersuchungshaft vorliegen (§§ 112, 114 StPO.), nicht der den Haftbefehl vollstreckende Polizeibeamte.

Nun kann es aber vorkommen, daß ein formell rechtmäßiger Befehl materiell in schwerstem Maße gegen das Gesetz verstößt. Ordnet z. B. ein Richter wissentlich die Untersuchungshaft gegen jemand an, der sich keiner strafbaren Handlung schuldig gemacht hat, so ist der Haftbefehl, falls er in Schriftform erging, zwar formell rechtmäßig, denn der Richter

1) Laband Bd. I S. 435 f.; Seydel S. 224.

ist befugt, derartige Anordnungen (Haftbefehle) zu erlassen. Er vergeht sich aber damit gegen den § 341 des Strafgesetzbuchs. Soll der mit der Vollziehung des Haftbefehls beauftragte Beamte, auch wenn er den Sachverhalt genau kennt, die Verhaftung vorzunehmen verpflichtet sein?

Daß dem Beamten die Ausführung derartiger Befehle, die das Recht und das Rechtsgefühl offenbar verletzen, nicht zugemutet werden darf, wird von den Schriftstellern, die sich mit der Frage beschäftigen, nicht verkannt. So sagen einige, die Vornahme strafbarer Handlungen sei von der Gehorsamspflicht ausgeschlossen.[1]) Bornhak[2]) meint (im Anschluß an § 46 I, 6 ALR., oben S. 7), der Untergebene dürfe Befehle, die gegen ein Verbotsgesetz, v. Rönne,[3]) solche, die gegen die „obersten Grundsätze des Rechts und der Sittlichkeit" verstoßen, nicht vollziehen. G. Meyer[4]) entbindet ihn von der Befolgung solcher Anordnungen, die dem „klaren Wortlaut eines Gesetzes widersprechen". Laband[5]) führt folgendes aus: Der Beamte sei Anordnungen der vorgesetzten Behörde zu befolgen nicht verbunden, welche zwar ihrem Inhalte nach Amtsgeschäfte beträfen, aber aus Rechtsgründen ihm nicht aufgetragen werden dürften; Geschäfte, zu deren Vornahme eine Behörde nach den bestehenden Rechtsvorschriften nicht befugt sei oder die ihr ausdrücklich untersagt seien, könnten keine Amtsgeschäfte sein, da das Staatsamt seinem Begriffe nach ein vom Staate zugewiesener und begrenzter Inbegriff von Geschäften sei; die Befolgung solcher Befehle sei daher für den Beamten keine res meae facultatis.[6]) Ähnlich ist die Lehre von O. Mayer[7]) und Seydel,[8]) die den Beamten zum Gehorsam nur gegen „Dienstbefehle" verpflichten wollen und meinen, daß sich aus dem Begriffe des Dienstbefehls ergebe, welche amtlichen Verrichtungen ein Beamter auf Befehl seines Vorgesetzten vorzunehmen habe und welche nicht.

1) v. Kirchenheim S. 217; Delius S. 23.

2) S. 52; so auch preuß. OVG. Bd. 12 S. 426.

3) S. 461 Anm. 5.

4) S. 514.

5) a. a. O. S. 432; ebenso Rehm 1885 S. 99; Schulze S. 315; v. Schelhorn S. 459; Delius S. 93.

6) Ferner im „Deutschen Reichsstaatsrecht" S. 99: „Die Gehorsamspflicht ist beschränkt auf gesetzmäßige Dienstbefehle der vorgesetzten Dienstbehörde."

7) S. 236 f.

8) S. 223.

Gegen alle diese Lehren bestehen m. E. Bedenken. Sie sind teils zu unklar, teils zu eng, letzteres indem sie auch das Prüfungs*recht* des Beamten auf die erwähnten formellen Fragen beschränken (so Laband, Seydel). Soweit sie Befehle, gegen deren formelle Rechtmäßigkeit in dem dargelegten Sinne Bedenken nicht bestehen, in jedem Falle ohne Rücksicht auf ihren *materiellen* Inhalt schlechthin für verbindlich erklären, also auch dann, wenn der angewiesene Beamte sich der materiellen Gesetzwidrigkeit bewußt ist, halte ich sie für verfehlt. Soll aber dem Beamten ein Recht zur materiellen Prüfung eingeräumt sein, so vermisse ich bei den genannten Schriftstellern eine Regel dafür, wann ein Befehl als materiell gesetzwidrig anzusehen ist.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß die Prüfungs*pflicht* des Beamten mit der Beantwortung der drei von Laband aufgestellten formellen Fragen erschöpft ist, daß aber der Beamte den Befehl trotz seiner formellen Rechtmäßigkeit nicht auszuführen hat, wenn er ihn als materiell gesetzwidrig in dem noch darzulegenden Sinne *erkennt*.

Es gibt keinen Rechtssatz, der jemanden verpflichtet, eine gesetzwidrige Handlung vorzunehmen, obwohl er sich der Gesetzwidrigkeit *bewußt* ist. Auch der Beamte darf nicht gezwungen sein, zur Durchführung einer vom Rechte nicht gewollten Handlung mitzuwirken. Ein derartiger Zwang verträge sich nicht mit dem Grundsatze, daß der Beamte für die Gesetzmäßigkeit seiner Handlungen verantwortlich ist. Demgemäß muß dem Beamten auch ein materielles Prüfungs*recht* zuerkannt werden, aber mit der schon hervorgehobenen und noch zu erläuternden Einschränkung, daß sich die Prüfung darauf nicht zu erstrecken hat, ob der befehlende Beamte das Gesetz richtig *angewendet* habe. In diesem Sinne sind bereits Loening[1]) und nächst ihm Bornhak[2]) dafür eingetreten, daß der Beamte nur dem (auch materiell) rechtmäßigen Befehle Gehorsam schulde. In neuerer Zeit haben besonders Bauer[3]) und M. E. Mayer[4]) den Satz

1) Verwaltungsrecht S. 122 Anm. 5.

2) Preuß. Staatsrecht S. 51 f.; deutsches Staatsrecht S. 120.

3) S. 890 ff., insbes. S. 895: „Es darf dem Beamten niemals das Recht genommen werden, den Gehorsam zu verweigern, wenn er die (materielle) Rechtswidrigkeit des Befehls — sei es auf Grund privatim erlangter Kenntnis oder anderer Umstände — klar erkennt; es gibt im Rechtstaat keine Verpflichtung, wissentlich das Recht zu verletzen."

4) Der rechtsw. Befehl S. 144 ff.

verfochten, daß nur der (auch materiell) rechtmäßige Befehl verbindlich, der rechtswidrige dagegen unverbindlich sei.

Es muß nun aber mit M. E. Mayer (a. a. O.) gegenüber den bisher erwähnten Lehren besonders betont werden, daß der Befehl nicht schon dann als gesetzwidrig anzusehen ist, wenn der befehlende Beamte in der Anwendung des geltenden Rechtes fehlgegriffen hat. Namentlich gilt das von solchen Befehlen, die der Anfechtung durch ein Rechtsmittel oder einen anderen Rechtsbehelf unterliegen. Solche Befehle sind, solange sie nicht durch die obere Instanz aufgehoben sind, gesetzmäßig. Soweit ein Beamter zur Anwendung und Verwirklichung des Gesetzes berufen ist, liegt die Auslegung des Gesetzes in seinem pflichtmäßigen Ermessen. Das Gesetz kann den Irrtum nicht verbieten. Deshalb sind Befehle stets dann gesetzmäßig, wenn der befehlende Beamte überhaupt ein Gesetz zur Grundlage seines Befehles gemacht hat, gleichviel ob er im gegebenen Falle den Willen des Gesetzes verwirklicht hat oder nicht.[1]) Der angewiesene Beamte muß solchen Befehlen unbedingt Folge leisten, denn er darf seine eigene Überzeugung, wenn sie auch im gegebenen Falle die zutreffende sein mag, nicht über die des Vorgesetzten stellen.

Gesetzwidrig und deshalb unverbindlich ist vielmehr ein Befehl nur dann, wenn er eine Handlung anordnet, die im Gegensatze zu einem bestimmten Gesetzesgebot oder -verbot steht. Es wird schwer fallen, eine für alle Fälle passende Formel zu finden, nach der die Gesetzwidrigkeit eines Befehls festgestellt werden kann. Einen Versuch dieser Art macht M. E. Mayer.[2]) Er sagt: die materielle Rechtmäßigkeit eines Befehls müsse an den auszuführenden Gesetzen gemessen werden. Der Beamte befehle in concreto, was das Gesetz in abstracto gewollt habe. Rechtswidrig sei der Befehl, der als konkretisierter Gesetzeswille nicht gelten könne. Diese Kennzeichnung könne aus zwei Gründen bestehen: der Konkretisierung fehle das Objekt; es sei kein abstrakter Imperativ aufzufinden, auf den sich der konkrete zurückführen ließe, so namentlich wenn eine den Befehl ausdrücklich ausschließende Norm nachzuweisen

---

1) Vgl. Loening, Haftung des Staats, S. 94: „Selbst wenn der Beamte aus Irrtum eine unnötige Maßregel ergriffen hat, ist dieselbe nicht rechtswidrig, wenn der Beamte sich innerhalb der Schranken der Gesetze gehalten hat."

2) Der rechtsw. Befehl S. 127 ff.; Vergl. Darstell. des deutsch. und ausl. Strafrechts, Bes. Teil, Bd. I S. 450.

sei. Oder es fehle der Konkretisierung der gute Wille, ein abstrakter Imperativ sei zwar vorhanden, aber er sei von dem befehlenden Beamten „vorsätzlich oder fahrlässig nicht befolgt" worden (z. B. wenn ein Haftbefehl sich auf bösliche Annahme des Fluchtverdachts gründe). Diese Lehre entbehrt m. E. der nötigen Klarheit und geht fehl, insofern sie es dem angewiesenen Beamten auch überläßt, zu beurteilen, ob der befehlende Vorgesetzte das Gesetz fahrlässig nicht befolgt hat. Der angewiesene Beamte wird in der Regel nicht unterscheiden können, ob der Vorgesetzte aus Fahrlässigkeit einen bestimmten Gesetzesbefehl außeracht gelassen hat oder ob nicht vielmehr der Vorgesetzte aus Irrtum bei der Anwendung des Gesetzes, das er zu befolgen glaubte, fehlgegriffen hat. In beiden Fällen ist der Befehl verbindlich. Hat der Richter bei Erlassung des Haftbefehls - - sei es aus Fahrlässigkeit oder aus Irrtum — Fluchtverdacht angenommen, so darf der Vollstreckungsbeamte den Befehl nicht beanstanden, wenn er auch der besseren Meinung ist, daß der zu Verhaftende nicht fluchtverdächtig sei; es liegt dem Befehl ein materieller Rechtssatz zugrunde, für dessen richtige Anwendung der Vorgesetzte allein die Verantwortung trägt.

Vielmehr möchte ich eine Gesetzwidrigkeit des Befehls nur in folgenden Fällen annehmen:

1. Eine objektive Gesetzwidrigkeit liegt vor, wenn der Befehl entweder der durch das Gesetz ausdrücklich bestimmten materiellen Voraussetzungen entbehrt oder gegen ein ausdrückliches Verbotsgesetz verstößt. Z. B. ein Richter erläßt einen Haftbefehl in einer Übertretungssache wegen des Verdachts, daß der Angeschuldigte Zeugen zu einer falschen Aussage verleiten werde. Der Befehl ist, sofern er in Schriftform erging (§ 114 Abs. 1 StPO.), formell rechtmäßig in dem oben dargelegten Sinne; denn der Richter ist zur Erlassung von „Haftbefehlen" befugt. Der mit der Verhaftung betraute Polizeibeamte kann, wenn er sich der materiellen Gesetzwidrigkeit des Befehls nicht bewußt ist, die Verhaftung vornehmen, ohne sich verantwortlich zu machen. Materiell gesetzwidrig aber ist der Befehl, weil die Strafprozeßordnung Haftbefehle in Übertretungssachen wegen des Verdachts, daß der zu Verhaftende Zeugen beeinflussen werde, nicht zuläßt, sondern von anderen Voraussetzungen abhängig macht (§ 113 StPO.). Erkennt der Polizeibeamte diesen Mangel des Befehls, so darf er ihn nicht vollstrecken. Oder ein Staatsanwalt ordnet die Hinrichtung

einer Schwangeren oder die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe an, ohne zu wissen, daß der Verurteilte nach der Aburteilung in Geisteskrankheit verfallen ist. Die Anordnungen sind formell rechtmäßig, denn der Staatsanwalt ist zur Strafvollstreckung berufen (§ 483 StPO.). Sie sind aber materiell gesetzwidrig, weil sie gegen die ausdrücklichen Verbote der §§ 485 Abs. 2, 487 Abs. 1 der Strafprozeßordnung verstoßen. Zu den Verbotsgesetzen in diesem Sinne sind auch die sämtlichen Strafgesetze zu rechnen.

2. Subjektiv gesetzwidrig ist der Befehl, wenn der Vorgesetzte sich bewußt (böswillig) über die gesetzlichen Bestimmungen hinwegsetzt. Z. B. ein Richter ordnet wider besseres Wissen die Verhaftung eines keiner Straftat verdächtigen Menschen an. Der Befehl ist gesetzwidrig, weil der Richter wissentlich den § 112 der Strafprozeßordnung unbeachtet gelassen hat. Wird der Haftbefehl vollstreckt, so liegt eine strafbare Handlung auf seiten des Richters vor (§ 341 StGB.); zu einer solchen braucht der Untergebene nicht mitzuwirken.[1])

In solchen Fällen ist der zur Ausführung des Befehls berufene Beamte, wenn er die (materielle) Gesetzwidrigkeit erkennt, zur Gehorsamsverweigerung berechtigt und verpflichtet, denn niemand darf wissentlich gegen das Gesetz handeln.

Somit komme ich zu folgendem Ergebnisse:

Der Beamte hat stets die formelle Gesetzmäßigkeit des Befehls nachzuprüfen, also die Fragen, ob der Befehl in der vorgeschriebenen Form erteilt ist und ob die befehlende Behörde zur Anordnung und er, der angewiesene Beamte, zur Vornahme derartiger Handlungen befugt ist. Findet er, daß der Befehl einer dieser Voraussetzungen ermangelt, so hat er den Gehorsam zu verweigern. Steht dagegen die formelle Gesetzmäßigkeit des Befehls fest, so kann der Beamte ihn, unbekümmert um seinen materiellen Inhalt, ausführen; eine materielle Prüfungspflicht liegt ihm nicht ob. Wohl aber steht ihm ein beschränktes materielles Prüfungsrecht zu. Wenn nämlich der Befehl materiell im Gegensatz zum Gesetze steht, d. h. wenn er der durch das Gesetz ausdrücklich bestimmten materiellen

1) Die meisten auf Begehung einer strafbaren Handlung gerichteten Befehle sind schon wegen formeller Gesetzwidrigkeit (Unzuständigkeit des Befehlenden) unverbindlich.

Voraussetzungen entbehrt oder gegen ein ausdrückliches Verbotsgesetz verstößt oder wenn der befehlende Beamte sich bewußt (böswillig) über die gesetzlichen Bestimmungen hinweggesetzt hat, darf der untergebene Beamte, sofern er die Gesetzwidrigkeit, sei es auf Grund eigener Prüfung oder zufällig, erkennt, den Befehl nicht ausführen.

Hiermit im Einklange steht die — allerdings die Frage nicht erschöpfende — Rechtsprechung des Reichsgerichts. In dem Urteile vom 4. Juli 1882 (Entscheidungen in Strafsachen Bd. VI S. 440) wird ausgeführt: „Blinder Gehorsam gegenüber den Befehlen des Vorgesetzten ist in der Amtspflicht nicht begründet; durch solchen Gehorsam wird daher an dem rechtswidrigen Charakter der Handlung nichts geändert. — Wenn Angeklagter wußte, daß der ihm erteilte Befehl ein ungesetzlicher war, so kann ihn dieser Befehl an sich nicht decken" und in dem Urteile vom 21. September 1908 (Jur. Wochensch. 1908 S. 653 Nr. 2): „Die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte, wenn er zu den ihm anbefohlenen Handlungen nicht verpflichtet gewesen sei, sich auch nicht für verpflichtet gehalten habe, verantwortlich sei, könne nicht beanstandet werden. Der Untergebene brauche eine gesetzlich verbotene oder sittlich verwerfliche[1]) Handlung auf Befehl des Vorgesetzten nicht auszuführen. Die Gehorsamspflicht bedeute nicht die Verpflichtung, den Anordnungen des Vorgesetzten blindlings zu folgen."

Eine Sonderstellung nehmen, wie schon am Anfange der Arbeit hervorgehoben wurde, die Richter ein. Ihre amtliche Stellung ist verschieden zu beurteilen, je nachdem sie eigentlich richterliche Tätigkeit ausüben oder Geschäfte der Justizverwaltung besorgen. Der § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes bestimmt: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetze unterworfene Gerichte ausgeübt."[2]) Der Richter ist also in der Ausübung des eigentlichen Richteramtes, sei es auf dem Gebiete der streitigen oder demjenigen der freiwilligen Gerichtsbarkeit,[3]) vollkommen selbständig, er hat in dieser Beziehung überhaupt keine Vorgesetzte. Jede Anweisung einer übergeordneten Behörde,

1) Bedenklich, weil unklar!

2) Ebenso Art. 86 der preuß. Verfassungsurkunde.

3) Vgl. Josef, Kommentar zu FGG. Anm. III zu § 1; Kleinfeller a. a. O. S. 286.

in einem bestimmten Sinne einen Rechtsstreit zu entscheiden oder einen Rechtssatz auszulegen, jede Verfügung in bezug auf das gerichtliche Verfahren — soweit es sich nicht etwa darum handelt, daß der Richter die Wahrnehmung seiner Amtstätigkeit überhaupt verweigert hat — wäre eine unzulässige, gesetzwidrige Einmischung. Der Richter darf ihr nicht stattgeben, er hat selbständig die Voraussetzungen und Richtlinien seiner Tätigkeit festzustellen.[1])

Nur am Gesetze findet auch sein Ermessen eine Schranke. Dies gilt insbesondere von den gesetzlichen Bestimmungen, wonach die im Rechtsmittelzuge übergeordnete Behörde ermächtigt ist, den Richter zur Vornahme gewisser Amtsgeschäfte anzuweisen.[2]) In solchen Fällen hat der angewiesene Richter lediglich die formelle Gesetzmäßigkeit zu prüfen, also die Fragen, ob das anordnende Gericht ihm übergeordnet und durch das Gesetz zu derartigen Anweisungen ermächtigt ist, ob die angeordnete Handlung örtlich und sachlich in den Kreis seiner Amtsgeschäfte fällt und ob die Anordnung in der gesetzlichen Form ergangen ist. Dagegen hat er die materielle Gesetzmäßigkeit der angeordneten Maßnahme, soweit nicht ihr Inhalt von dem übergeordneten Gericht in sein Ermessen gestellt ist, nicht nachzuprüfen.

Auf die Tätigkeit des Richters in Justizverwaltungssachen[3]) bezieht sich der § 1 GVG. nicht. In dieser Beziehung gelten also die oben dargelegten, für nichtrichterliche Beamte maßgeblichen Grundsätze[4])

---

1) Vgl. §§ 125, 160 StPO.

2) Z. B. § 71 Abs. 2 GBO.: „Im Wege der Beschwerde kann verlangt werden, daß das Grundbuchamt angewiesen wird, nach § 54 einen Widerspruch einzutragen oder eine Löschung vorzunehmen." Ferner § 76 Abs. 1 GBO., § 143 Abs. 1 FGG.

3) Preuß. AG. z. GVG. v. 20. 4. 1878 § 20: „Die Vorstände der Gerichte und der Staatsanwaltschaften sind nach näherer Bestimmung des Justizministers die Organe desselben bei den Geschäften der Justizverwaltung."

4) Kleinfeller a. a. O. S. 286.

II. Die Gehorsamspflicht des Soldaten.

Der Beamte ist zu unbedingtem Gehorsam gegen die Befehle seiner Vorgesetzten nicht verpflichtet. Der — sei es formell oder materiell — gesetzwidrige Befehl ist für ihn unverbindlich.

Gelten die gleichen Grundsätze auch für den Soldaten?

Die Gehorsamspflicht des Soldaten geht weiter als die des Beamten. Die Tüchtigkeit und Schlagfertigkeit des Heeres ist geradezu bedingt dadurch, daß der Soldat die Befehle seiner Vorgesetzten ohne Zaudern ausführt. Wenn schon die Einheitlichkeit der allgemeinen Staatsverwaltung undenkbar ist ohne den Gehorsam der untergeordneten Beamten gegen die Befehle ihrer Vorgesetzten, so ist die Durchführung der militärischen Aufgaben ganz unmöglich, wenn nicht jeder Soldat den Befehlen seiner Vorgesetzten unweigerlich und unverzüglich nachkommt. Bei der Beratung des Militärstrafgesetzbuchs im Reichstage sagte Moltke [1]): „Autorität von oben und Gehorsam von unten, mit einem Worte Disziplin ist die ganze Seele der Armee. Die Disziplin macht die Armee erst zu dem, was sie sein soll, und eine Armee ohne Disziplin ist auf alle Fälle eine kostspielige, für den Krieg eine nicht ausreichende und für den Frieden eine gefahrvolle Institution." Für den Soldaten ist „der Dienst bei der Fahne die Schule für den Krieg". [2]) Schon im Frieden muß daher der Soldat sich an den Gehorsam gegen die Befehle seiner Vorgesetzten gewöhnen, das Gefühl der Pflicht zum Gehorsam muß ihm in Fleisch und Blut übergehen. Sie wird ihm bei seinem Eintritt ins Heer und während der Zeit seiner Ausbildung nachdrücklichst eingeprägt. In dem Fahneneide, den der Soldat nach seiner Einstellung bei einem Truppenteile schwört, gelobt er, daß er die ihm erteilten „Vorschriften und Befehle genau befolgen" werde. Schon vor der Vereidigung lernt er die Kriegsartikel, [3]) die „Pflichtenlehre" des Soldaten, kennen, in der die Pflicht zum Gehorsam besonders betont und „nachdrückliche Ahndung" des Ungehorsams gegen einen Dienstbefehl [4]) angedroht wird. [5])

---

1) S. 814 des stenogr. Berichts.
2) Erster Kriegsartikel.
3) Für das Landheer vom 22. 9. 1902, für die Marine vom 10. 1. 1903.
4) Art. 12.
5) Art. 2 hebt nächst der Treue als der ersten Pflicht des Soldaten

Die Kriegsartikel sind jedoch keine Gesetzesvorschriften, ihre Verletzung kann nicht im Wege des ordentlichen Strafverfahrens verfolgt werden; [1]) sie scheiden also insoweit von der rechtlichen Beurteilung der Gehorsamspflicht aus. Die Erfüllung dieser Pflicht ist aber auch durch Rechtsvorschriften gesichert, und zwar vornehmlich durch die Bestimmungen des Militärstrafgesetzbuchs vom 20. Juni 1872, das einen besonderen Abschnitt über „strafbare Handlungen gegen die Pflichten der militärischen Unterordnung" (6. Abschnitt des 2. Teils) enthält. Insbesondere bestimmt der § 92:

> „Ungehorsam gegen einen Befehl in Dienstsachen durch Nichtbefolgung oder durch eigenmächtige Abänderung oder Überschreitung desselben wird mit Arrest bestraft."

In schwereren Fällen des Ungehorsams tritt nach den §§ 93—95 Gefängnisstrafe oder Festungshaft, im Falle der ausdrücklichen Gehorsamsverweigerung gegen einen vor dem Feinde erteilten Befehl sogar Todesstrafe ein.

Der Ungehorsam gegen den Vorgesetzten unterliegt ferner der Disziplinarbestrafung. Die Disziplinarstrafordnungen[2]) unterwerfen der Bestrafung die Handlungen „gegen die militärische Zucht und Ordnung" (§§ 1 Nr. 1) und leichtere Fälle militärischer Vergehen, die durch das Militärstrafgesetzbuch mit Strafe bedroht sind, darunter auch Fälle des Ungehorsams gegen Befehle in Dienstsachen (§§ 1 Nr. 2 der Disziplinarstrafordnungen, § 3 Nr. 1 des Einführungsgesetzes zum M.Str.G.B.). Die Disziplinargewalt hat hier einen weiteren Umfang als gegenüber den Staatsbeamten, die Disziplinarstrafordnung ist gleichsam ein zweites Militärstrafgesetzbuch für leichtere Fälle.[3])

---

folgende Pflichten hervor: Kriegsfertigkeit, Mut, Tapferkeit, „Gehorsam gegen die Vorgesetzten". Art. 11 lautet: „Der Gemeine muß jedem Offizier und Unteroffizier und der Unteroffizier jedem Offizier des Heeres, der Marine oder Schutztruppe Achtung und Gehorsam beweisen und hat ihre Befehle pünktlich zu befolgen. In gleicher Weise ist den Anordnungen und Weisungen aller zum Wacht- oder Sicherheitsdienst befehligten Personen des Soldatenstandes sowie den zeitweilig zum Vorgesetzten bestellten Mannschaften und den im Dienst befindlichen Feldgendarmen Gehorsam zu leisten."

1) Koppmann Anm. 5; Schlayer Am. 350 zu § 92 MStGB.; M. E. Mayer, Befehl S. 27, 68; Reichsmilitärgericht Bd. I S. 286.

2) Für das Heer v. 31. 10. 1872, für die Marine v. 1. 11. 1902.

3) Laband Bd. IV S. 149.

Auch die Anreizung einer Person des Soldatenstandes zur Verletzung der militärischen Gehorsamspflicht ist durch die §§ 99 ff. des Militärstrafgesetzbuchs und den § 112 des Reichsstrafgesetzbuchs unter Strafe gestellt.

Endlich sind die militärischen Vorgesetzten berechtigt, sich im Notfalle selbst Gehorsam zu erzwingen.[1])

Nach diesen Bestimmungen könnte es scheinen, als ob der Soldat jedem Befehle seiner Vorgesetzten ohne Rücksicht auf den Inhalt unweigerlich Folge zu leisten verpflichtet wäre.

Daß der Soldat seinen Vorgesetzten absoluten (blinden) Gehorsam schulde, ist die von altersher vorherrschende Ansicht gewesen.[2]) Nach römischrechtlichen Grundsätzen wurde der Soldat wegen Ungehorsams mit dem Tode bestraft, war aber für die auf Befehl ausgeführten Handlungen stets unverantwortlich. Im Mittelalter brachte das kanonische Recht den Grundsatz, daß der Soldat soweit Gehorsam schulde, als nicht etwas Sündhaftes befohlen werde. In den sogenannten Artikulsbriefen, den mittelalterlichen Verordnungen, die die rechtlichen Verhältnisse des Heeres ordneten, findet sich eine ausdrückliche Anerkennung des Prinzips des absoluten Gehorsams nicht, man neigte ihm aber zu. Ein Artikelsbrief des Königs Karl XI. von Schweden enthält Grundsätze einer beschränkten Gehorsamspflicht. Wie die Anschauungen über die Gehorsamspflicht des Soldaten sich in neuerer Zeit weiterentwickelt haben, zu schildern, liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit, in der wir nur die rechtlichen Grundsätze der Gehorsamspflicht und der Wirkungen des Befehls auf gesetzwidrige Handlungen untersuchen wollen. Tatsächlich wird noch heute vielfach die Ansicht vertreten, daß der Soldat seinen Vorgesetzten unbedingten Gehorsam schuldig sei.[3]) Auch in einem

---

1) MStGB. § 124: „Diejenigen Handlungen, welche der Vorgesetzte begeht, um . . . seinen Befehlen im Fall der äußersten Not und dringendsten Gefahr Gehorsam zu verschaffen, sind nicht als Mißbrauch der Dienstgewalt anzusehen. — Dies gilt namentlich auch für den Fall, wenn ein Offizier in Ermangelung anderer Mittel, den durchaus notwendigen Gehorsam zu erhalten, sich in der Lage befunden hat, gegen den tätlich sich ihm widersetzenden Untergebenen von der Waffe Gebrauch zu machen."

2) Vgl. zu dem Folgenden van Calker S. 63 ff.; Kröll S. 5 ff.

3) So Zorn S. 193: „Alle deutschen Truppen sind zum unbedingten Gehorsam gegen die Befehle des kaiserlichen Oberbefehlshabers bzw. seiner Vertreter in der militärischen Amterhierarchie verpflichtet."

Urteile des Reichsmilitärgerichts (Bd. VIII S. 143) heißt es: „Eine Prüfung des Befehls des Vorgesetzten auf seine Zulässigkeit durch den Untergebenen ist nach dem militärdienstlichen Grundsatze des unbedingten Gehorsams ausgeschlossen."

Gleichwohl ist die Gehorsamspflicht des Soldaten nicht unbedingt. Es wäre auch durchaus unzweckmäßig, wenn der Soldat — wie man es nach dem Grundsatze des unbedingten Gehorsams annehmen müßte — den Befehlen seiner Vorgesetzten blindlings, ohne jede eigene Überlegung Folge zu leisten hätte. Sehr oft, besonders im Kriege, ändern sich die Verhältnisse zwischen dem Zeitpunkte der Erteilung und dem der Ausführung des Befehls derartig, daß die buchstäbliche Vollziehung des Befehls die bedenklichsten Folgen haben könnte. Daher erfolgt auch die Unterweisung der jungen Soldaten gewöhnlich dahin, daß sie bei der Ausführung eines Befehls den veränderten Umständen Rechnung zu tragen hätten.[1])

Der Grundsatz, daß der Soldat in jedem Falle und unter allen Umständen gehorchen müsse, ist aber auch aus den Gesetzesvorschriften nicht zu entnehmen. Wäre nach den oben genannten Bestimmungen über die Bestrafung des Ungehorsams uneingeschränkt jede Gehorsamsverweigerung strafbar, so dürfte den Untergebenen dann, wenn er auf Befehl eines Vorgesetzten eine gegen die Strafgesetze verstoßende Handlung vornimmt, eine Strafe nicht treffen. Nun bestimmt aber § 47 des Militärstrafgesetzbuchs:

> „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers:
>
> 1. . . . . .
>
> 2. wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte."

Der Untergebene darf also jedenfalls dann, wenn er darüber nicht im Zweifel ist, daß der Befehl des Vorgesetzten eine nicht nur als Übertretung oder als Disziplinarverfehlung strafbare Handlung bezweckt, nicht

---

1) Vgl. v. Calker S. 105; v. Nostitz S. 74.

gehorchen, widrigenfalls er sich strafbar macht. Demgemäß kann auch eine Bestrafung wegen Ungehorsams aus § 92 nicht eintreten, wenn der Untergebene einen derartigen Befehl nicht ausführt.[1]) Das Militärstrafgesetzbuch kennt also auch Befehle, die für den Untergebenen nicht verbindlich sind; schon hieraus ergibt sich, daß die Gehorsamspflicht eine unbedingte nicht ist. Es fragt sich aber, ob sie in der Bestimmung des § 47 Satz 2 Nr. 2 M.St.G.B. ihre einzige Schranke findet, ob insbesondere dadurch, daß der Satz 1 des § 47 grundsätzlich eine Bestrafung des gehorchenden Untergebenen ausschließt, die Gehorsamspflicht des Soldaten dahin erweitert ist, daß er in allen Fällen, in denen die Ausnahme des Satzes 2 Nr. 2 nicht vorliegt, Gehorsam leisten muß, auch wenn er die Gesetzwidrigkeit des Befehls kennt.[2])

Zunächst bezieht sich der § 47 — ebenso wie der (S. 21) erwähnte § 92 — nur auf „Befehle in Dienstsachen". Diese unterscheidet das Gesetz von den sogenannten „Dienstbefehlen". Die genauere Bedeutung des Unterschiedes steht nicht fest. Nach den Motiven zum Militärstrafgesetzbuch[3]) ist ein Befehl in Dienstsachen „nach militärischer herkömmlicher Sprachweise" derjenige „Befehl eines dienstlich Vorgesetzten, welcher eine Dienstangelegenheit betrifft", während unter Dienstbefehl „ein jeder Befehl irgendeines militärischen Vorgesetzten" verstanden wird. Die hier gemachte Unterscheidung beruht auf dem Gegensatze zwischen den durch ihre dienstliche Stellung übergeordneten Vorgesetzten und denjenigen Vorgesetzten, deren Eigenschaft als solche durch ihren militärischen Rang begründet ist. Im letzteren Sinne ist jeder Offizier des Heeres, der Marine und der Schutztruppe Vorgesetzter aller Mannschaften (Unteroffiziere und Gemeinen), jeder Unteroffizier Vorgesetzter der Gefreiten und Gemeinen. Die Offiziere sind in vier Hauptklassen eingeteilt: Die Generalität, die Stabsoffiziere, die Hauptleute und Rittmeister und die Subalternoffiziere (Oberleutnants und Leutnants).[4]) Alle Offiziere einer Klasse stehen in und außer dem Dienste zu jedem Offizier einer niederen Klasse im Verhältnisse von

---

1) Koppmann Anm. 1 zu § 92.

2) Als eine Form, die Gehorsamspflicht zu erweitern, sehen den § 47 an O. Mayer (S. 237 Anm. 8); v. Calker (S. 94).

3) S. 80.

4) Anlage zu § 5 MStGB.

Vorgesetzten zum Untergebenen.[1]) Von diesen durch ihren Rang bestimmten Vorgesetzten, deren Befehlsgewalt grundsätzlich unbeschränkt ist, unterscheiden sich diejenigen, deren Eigenschaft als Vorgesetzte auf der Dienststellung beruht, dadurch, daß sie nur im Umfange der ihnen übertragenen Dienstfunktion Befehlsgewalt haben und auch nur insoweit Vorgesetzte sind. So ist der zur Ausbildung der Rekruten befohlene „Exerziergefreite" Vorgesetzter der ihm unterstellten Mannschaften nur in den den Exerzierdienst betreffenden Angelegenheiten. Jeder Stubenälteste, gleichviel welchen militärischen Rang er einnimmt, ist Vorgesetzter der auf der Stube untergebrachten Mannschaften bezüglich der die Stubenordnung betreffenden Verrichtungen. Die herrschende Meinung ist jedoch der von den „Motiven" gegebenen Auslegung des Unterschiedes zwischen einem Befehl in Dienstsachen und einem Dienstbefehle nicht gefolgt, sondern sieht als Befehl in Dienstsachen jeden Befehl irgendeines Vorgesetzten, der mit dem Dienste in irgendwelcher Beziehung steht, an.[2]) So faßt auch das Reichsmilitärgericht „jeden von einem Vorgesetzten berechtigtermaßen, wenn auch nur mit Rücksicht auf die allgemeinen Dienstverhältnisse des Untergebenen erteilten Befehl als Befehl eines dienstlich Vorgesetzten" und demgemäß als einen „Befehl in Dienstsachen" auf, „sofern der Befehl eine Dienstangelegenheit betrifft" (Bd. I S. 105, Bd. VIII S. 140, Bd. X S. 40).[3]) M. E. Mayer[4]) nennt Befehl in Dienstsachen den durch seinen Inhalt, der eine Dienstangelegenheit betreffen müsse, gekennzeichneten Befehl, Dienstbefehl dagegen jeden in dienstlicher Befehlsform ergehenden Befehl, gleichviel ob er eine Dienst- oder eine Privatangelegenheit betreffe. Mag man nun der einen oder der anderen Ansicht folgen, soviel steht fest, daß nur derjenige Befehl eines Vorgesetzten, der seinem Inhalt und nicht nur der Form nach in irgendeiner Beziehung zum Dienst oder zu einem allgemeinen dienstlichen Verhältnisse steht, ein Befehl in Dienst-

1) Schlayer S. 172.

2) Hecker S. 91; Schlayer Anm. 173 zu § 47; Kröll S. 20.

3) Vgl. auch Bd. V S. 152: Ein Befehl in Dienstsachen liege stets dann vor, wenn „ein zur Befehlsgebung Berechtigter" in gebietender Weise von einem Untergebenen ein Handeln oder Unterlassen fordere, dessen Vornehmen oder Unterlassen das Wesen des militärischen Dienstes erheische.

4) Rechtsw. Befehl S. 152; Militärstrafrecht S. 71.

sachen ist.[1]) Das ergibt schon der Ausdruck „Befehl in Dienstsachen". Unter „Dienstsache" versteht das Reichsmilitärgericht (Bd. V S. 152) m. E. zutreffend den „Inbegriff alles dessen, was der militärische Dienst nach seinem inneren Wesen erfordert, was im Interesse des militärischen Dienstes begründet erscheint". Dazu gehören reine Privatangelegenheiten, soweit sie nicht etwa mit der Aufrechterhaltung der militärischen Disziplin in Zusammenhang zu bringen sind, nicht. Nur die Verletzung eines Befehls in Dienstsachen zieht eine Bestrafung wegen Ungehorsams aus § 92 des Militärstrafgesetzbuchs nach sich, nur bei der Vollziehung eines derartigen Befehls ist der Untergebene in den Grenzen des § 47 gegen die strafrechtliche Verantwortlichkeit für seine Handlungsweise geschützt. Steht dagegen der Inhalt des Befehls in keinerlei Beziehung zum Dienste — z. B. ein Unteroffizier befiehlt außerhalb des Dienstes einem ihm nicht dienstlich unterstellten Soldaten, für ihn einen Diebstahl zu begehen —, so kommen auf seine Befolgung oder Nichtbefolgung die §§ 47 und 92 nicht zur Anwendung.[2]) Somit ergibt sich, daß die Gehorsamspflicht gegenüber solchen Befehlen durch das Militärstrafgesetzbuch weder erweitert noch beschränkt ist. Mithin ist nach allgemeinen Grundsätzen der Soldat für die Ausführung solcher Befehle stets selbst verantwortlich und muß auf eigene Gefahr prüfen, ob er sie vollziehen kann, ohne sich straf- oder zivilrechtlich verantwortlich zu machen.[3])

Bisher haben wir eine Verstärkung der Gehorsamspflicht aus den Bestimmungen des Militärstrafgesetzbuchs nicht feststellen können, vielmehr dargelegt, daß einmal diejenigen Befehle in Dienstsachen, die die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens zum Gegenstande haben, unverbindlich sind, und ferner, daß solche Befehle, die in keinerlei Be-

---

1) Koppmann Anm. 3 zu § 47, Anm. 6 b zu § 92; v. Nostitz S. 32; Bauer S. 898.

2) Vgl. RMG. Bd. VII S. 177: Daß „jeder Befehl eines Vorgesetzten, auch wenn er in keiner Beziehung zum militärischen Dienste steht, befolgt werden müsse, widrigenfalls der Untergebene sich des Ungehorsams nach §§ 92 ff. schuldig macht", sei nicht richtig. „Der Befehl eines militärischen Vorgesetzten, welcher auf dem Gebiet reiner Privatangelegenheiten ergeht, ist kein rechtsgültiger Befehl, dessen Nichtbefolgung eine kriminelle Bestrafung des Untergebenen (auf Grund d. MStGB.) nach sich ziehen könnte."

3) Hecker S. 92; v. Nostitz S. 71; Koppmann Anm. 14 zu § 92; M. E. Mayer, Befehl S. 154.

ziehung zum militärischen Dienste stehen, den Vorschriften des Militärstrafgesetzbuchs überhaupt nicht unterworfen sind. Es fragt sich nun weiter, ob aus der Vorschrift des § 47 nicht wenigstens zu folgern ist, daß der Soldat solche Befehle in Dienstsachen, die eine als strafrechtliche Übertretung aufzufassende Handlung zum Gegenstande haben,[1]) unbedingt vollziehen muß, z. B. den Befehl eines Offiziers, auf einem öffentlichen Platze Pferde zuzureiten (§ 366 Nr. 2 des Reichsstrafgesetzbuchs). Aus dem § 47 Satz 1 und Satz 2 Nr. 2 geht hervor, daß der Untergebene, der einen solchen Befehl ausführt, straffrei ist, gleichviel ob er die Gesetzwidrigkeit des Befehls erkannt hat oder nicht. Daraus schließen die meisten Schriftsteller, daß ein Befehl in Dienstsachen, der eine Übertretung bezwecke, für den Untergebenen stets verbindlich sei.[2]) Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Schon logische und praktische Erwägungen sprechen dagegen, die Gehorsamspflicht gegenüber einem solchen Befehle anders zu behandeln als die Gehorsamspflicht gegenüber einem Befehle, der nicht „in Dienstsachen" ergeht und — wie dargelegt — nicht zum Gehorsam verpflichtet, sobald er gesetzwidrig ist, einerseits und gegenüber den stets unverbindlichen Befehlen in Dienstsachen, die ein Verbrechen oder Vergehen bezwecken, anderseits. Es kann vom gemeinen Soldaten nicht erwartet und nicht verlangt werden, daß er sich über die juristischen Unterschiede zwischen einem Befehl in Dienstsachen und einem Dienstbefehl, zwischen einem Verbrechen oder Vergehen und einer Übertretung auskennt. Wird ein gemeiner Soldat, dem die Begehung einer strafrechtlichen Übertretungshandlung anbefohlen wird, immer wissen, ob der Befehl „in Dienstsachen" erteilt ist oder nicht? Und dennoch soll er im ersteren Falle zum unbedingten Gehorsam, im letzteren — bei Vermeidung eigener Verantwortlichkeit — zur Gehorsamsverweigerung verpflichtet sein. Sollte ein Offizier, dem von einem Vorgesetzten dienstlich befohlen wird, „zum Zwecke des besseren Fortkommens eines anderen" militärische Legitimationspapiere zu fälschen (Übertretung strafbar nach § 363 des Reichsstrafgesetzbuches), zur Ausführung eines solchen Befehls verpflichtet sein, während der dienstliche Befehl, Schießlisten zu fälschen, da er das

1) Es gibt nur bürgerlichrechtliche, nicht militärische Übertretungen (§§ 1, 3 MStGB.).

2) Schlayer Anm. 179 zu § 47; Kröll S. 39; v. Nostitz S. 70; Binding S. 772; Oetker, Vergl. Darstellung, Allg. Teil, II. Bd. S. 270.

militärische Vergehen des § 139 des Militärstrafgesetzbuches auslösen würde, gemäß § 47 Satz 2 Nr. 2 ebenda unverbindlich ist? [1]) Der § 47 zwingt nicht zu der Annahme der unbedingten Gehorsamspflicht gegenüber dem auf eine Übertretungshandlung gerichteten Befehl in Dienstsachen. Er bestimmt lediglich, wen die strafrechtliche Verantwortlichkeit trifft, wenn durch die Ausführung eines Befehls ein Strafgesetz verletzt wird, ob *nur* den Vorgesetzten, von dem der Befehl ausging, oder ob *auch* den Untergebenen. Wenn nun das Gesetz in gewissen leichteren Fällen dem Untergebenen Straffreiheit zusichert, ohne Rücksicht darauf, ob er sich der Rechtswidrigkeit des ausgeführten Befehls bewußt gewesen ist oder nicht, so ist damit noch nicht gesagt, daß der Untergebene in solchen Fällen auch unbedingt zum Gehorsam *verpflichtet* sein soll. Das Gesetz will vom strafrechtlichen Standpunkt aus dem Untergebenen die Erfüllung seiner Gehorsamspflicht erleichtern, indem es ihn der Bedenken, ob durch die Ausführung des Befehls ein Strafgesetz verletzt werde, enthebt. Daß aber der Untergebene gezwungen sein sollte, *gegen sein Rechtsbewußtsein* eine rechtswidrige Handlung vorzunehmen, ist aus dieser Gesetzesstelle nicht zu folgern. Allerdings werden die Fälle, in denen der Untergebene genau gewußt hat, daß ihm eine strafrechtliche Übertretungshandlung anbefohlen worden und daß er zur Ausführung des Befehls nicht verpflichtet ist, sehr selten sein; deshalb hat die Frage wenig praktische Bedeutung. Für die Unverbindlichkeit eines jeden gesetzwidrigen Befehls, auch desjenigen „in Dienstsachen", der eine Übertretungshandlung zum Gegenstande hat, sind nur Bauer [2]) und M. E. Mayer [3]) eingetreten. Man wird diese Ansicht allerdings nicht mit Bauer [4]) aus dem Begriffe des Befehls in Dienstsachen begründen können. Bauer meint, sobald der Befehl eine durch irgendeine gesetzliche Bestimmung untersagte Handlung zum Gegenstande habe, überschreite der Befehlende seine sachliche Zuständigkeit und deshalb läge ein „Befehl in Dienstsachen" nicht vor. Daß es aber Befehle in Dienstsachen gibt, die gesetzwidrige Handlungen zum Gegenstande haben, ergibt sich aus dem Wortlaute des § 47: „Wird durch die

1) Dieser Vergleich bei M. E. Mayer, Befehl S. 159.

2) a. a. O. S. 899.

3) Der rechtsw. Befehl S. 158 ff.

4) Ähnlich Koppmann Anm. 11 zu § 47.

Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt. . . ." [1]) Zutreffend sagt dagegen M. E. Mayer: [2]) „Wenn feststeht, daß jemand wegen einer rechtswidrigen Handlung nicht zur Rechenschaft gezogen werden darf — und das allein steht in unserem Falle fest —, so ist ihm hiermit noch nicht im entferntesten die Rechtspflicht auferlegt, die rechtswidrige Handlung zu begehen."

Die entgegengesetzte Ansicht läßt sich auch nicht mit dem § 92 begründen, der schlechthin den „Ungehorsam gegen einen Befehl in Dienstsachen" mit Strafe bedroht. Vielmehr setzt umgekehrt die Bestrafung wegen Ungehorsams die Pflicht zum Gehorsam voraus. Eine solche besteht aber, wie dargelegt wurde, selbst nach dem Wortlaute des Militärstrafgesetzbuchs nicht gegenüber jedem Befehl in Dienstsachen (§ 47 Satz 2 Nr. 2).

Aus den Bestimmungen des Militärstrafgesetzbuchs ist also für die Umgrenzung der Gehorsamspflicht des Soldaten weiter nichts zu entnehmen, als daß jedenfalls diejenigen Befehle in Dienstsachen, die ein Verbrechen oder Vergehen zum Gegenstande haben, unverbindlich sind. Dagegen lassen sich darüber, inwieweit ein Befehl in Dienstsachen, durch den die Begehung einer strafrechtlichen Übertretungshandlung oder eine zivilrechtlich rechtswidrige Handlung angeordnet wird, aus dem Militärstrafgesetzbuche keine Schlüsse ziehen. Dasselbe gilt für alle einfachen Dienstbefehle. Es muß daher auch für das Handeln des Soldaten der Grundsatz Anwendung finden, daß ein gesetzwidriger Befehl unverbindlich ist, weil niemand gezwungen werden darf, eine nicht durch das Gesetz ausdrücklich gestattete Rechtsgüterverletzung zu begehen. Somit gelten für die Gehorsamspflicht des Soldaten keine anderen Grundsätze wie für die Gehorsamspflicht des Staatsbeamten. Der Unterschied zeigt sich aber – abgesehen von den für den Soldaten besonders schweren Folgen des Ungehorsams — bei der Anwendung der für die Gehorsamspflicht des Beamten aufgestellten Sätze auf die Gehorsamspflicht des Soldaten.

Zunächst kommt eine formelle Rechtswidrigkeit in dem oben dargelegten Sinne bei dem Befehle eines militärischen Vorgesetzten

---

1) Vgl. Kröll S. 22; M. E. Mayer a. a. O. S. 150; RMG. I S. 63.
2) a. a. O. S. 159.

und damit eine formelle Prüfungspflicht des Soldaten nicht in Frage.[1]) Eine besondere Form ist für die Verbindlichkeit militärischer Befehle nicht erforderlich; auch der eine nicht dienstliche Angelegenheit betreffende Dienstbefehl erfordert weiter nichts, als daß dem Untergebenen zum Bewußtsein kommt, daß ihm der Vorgesetzte „etwas", und zwar als Vorgesetzter, befohlen hat.[2]) Ferner kann die abstrakte Zuständigkeit begriffsmäßig einem militärischen „Vorgesetzten", der etwas befiehlt, nicht fehlen. Der Befehl eines Vorgesetzten ist entweder Befehl in Dienstsachen oder Dienstbefehl. Der erstere betrifft, wie dargelegt wurde, *immer* eine dienstliche Angelegenheit. Steht also fest, daß ein Befehl in Dienstsachen erteilt worden ist, so ist auch die abstrakte Zuständigkeit des befehlenden Vorgesetzten erwiesen. Hierbei ist aber der bereits (S. 24 f.) erwähnte Unterschied zwischen den beiden Gruppen von Vorgesetzten zu beachten. Diejenigen Vorgesetzten, deren Eigenschaft als solche lediglich auf der *Dienststellung* beruht, können Befehle in Dienstsachen nur insoweit erteilen, als ihre Befehlsgewalt reicht. Befiehlt ein solcher Vorgesetzter einem ihm nicht unterstellten Soldaten etwas oder erteilt er den ihm untergebenen Soldaten einen Befehl, der sich nicht auf die seiner Befehlsgewalt unterliegenden Angelegenheiten bezieht, so ist dieser Befehl kein Befehl in Dienstsachen, er ist überhaupt nicht Befehl eines *Vorgesetzten*. Der Soldat ist solchen Befehlen gegenüber niemals zu Gehorsam verpflichtet.[3])

Dienstbefehle, die nicht eine dienstliche Angelegenheit zum Gegenstande haben, kann nur ein durch seinen höheren Rang bestimmter Vorgesetzter mit verbindlicher Kraft erteilen. Der untergeordnete Soldat ist einem solchen Vorgesetzten grundsätzlich stets Gehorsam schuldig. Seine Befehle sind für ihn — vorbehaltlich des Beschwerderechts — formell immer verbindlich, mögen sie sich auf eine Dienst- oder eine Privatangelegenheit beziehen.[4]) Es wird allerdings nicht jedes Verlangen eines

---

1) Vgl. M. E. Mayer, Befehl S. 151 ff.

2) Koppmann Anm. 11; Schlayer Anm. 350 zu § 92; M. E. Mayer a. a. O. S. 151, 153.

3) M. E. Mayer a. a. O. S. 150 f.; Koppmann Anm. 6 a zu § 92; v. Nostitz S. 36 ff.

4) Laband S. 148: „Worin der Inhalt dienstlicher Befehle bestehen kann, ist nicht rechtlich bestimmt, sondern durch tatsächliche Umstände, technische Rücksichten usw."; v. Nostitz S. 33; Kröll S. 17. Der Mißbrauch der Befehlsgewalt ist durch § 114 MStGB. mit Strafe bedroht: „Wer seine

Ranghöheren, sei es auch noch so privater Art, als Dienstbefehl aufzufassen sein (z. B. das Ersuchen um Hergabe eines Darlehns). Wenn aber der Ranghöhere als Vorgesetzter dem Soldaten etwas befiehlt, so liegt auch ein Dienstbefehl vor, den der Soldat zu befolgen hat, soweit nicht der Befehl gesetzwidrig ist. Auch hier deckt sich also die abstrakte Zuständigkeit mit der Vorgesetzteneigenschaft.

Die abstrakte Zuständigkeit des Untergebenen ist selbstverständlich ebenfalls mit der des Vorgesetzten immer gegeben.

Mithin ergibt sich: Eine formelle Prüfungspflicht in dem oben dargelegten Sinne kommt für den Soldaten nicht in Betracht. Sobald feststeht, daß ein Vorgesetzter ihm „etwas" befohlen hat, ist der Soldat grundsätzlich zum Gehorsam verpflichtet. Ein Irrtum über die Vorgesetzteneigenschaft entschuldigt ihn, wenn er den Befehl nicht befolgt, nicht.[1]) Dagegen ist es sehr wohl möglich, daß ein militärischer Befehl materiell gesetzwidrig ist, z. B. gegen ein Strafgesetz verstößt. Ein solcher Befehl, mag er als Befehl in Dienstsachen oder als Dienstbefehl ergehen, eine Dienst- oder eine Privatangelegenheit betreffen, ist unverbindlich. Der Soldat braucht die materielle Rechtmäßigkeit nicht nachzuprüfen, er darf sie nicht nachprüfen, soweit es sich um die Zweckmäßigkeit des Befehls oder die richtige Ausübung der Befehlsgewalt handelt,[2]) so z. B. Befehle zum Waffengebrauch gelegentlich eines Aufruhrs. Weiß aber der Untergebene ganz genau, daß der Befehl materiell gesetzwidrig ist, z. B. der Befehl eines Unteroffiziers im Manöver, Heu für die Dienstpferde zu stehlen, so darf und muß er den Gehorsam verweigern.

Tatsächlich geht die Gehorsamspflicht des Soldaten weiter als diejenige des Staatsbeamten, weil der Umfang der militärischen Befehlsgewalt ein sehr viel weiterer ist, als wie sie einem Staatsbeamten zu-

---

Dienstgewalt über einen Untergebenen zu Befehlen oder Forderungen, die in keiner Beziehung zum Dienste stehen, oder zu Privatzwecken mißbraucht . . ."

1) RMG. Bd. III S. 28, Bd. XIII S. 144.

2) Vgl. RMG. Bd. X S. 229: „Hat der Vorgesetzte sein pflichtmäßiges Ermessen walten lassen und danach sein Verhalten eingerichtet, so verliert sein Befehl — die allgemeine Zuständigkeit vorausgesetzt — die Eigenschaft der Rechtsmäßigkeit nicht dadurch, daß der Vorgesetzte sich in einem tatsächlichen Irrtum über das Vorhandensein der Voraussetzungen befunden hat."

steht. Die Dienstgewalt der militärischen Vorgesetzten ist juristisch nur durch die Bestimmungen der §§ 114 ff. des Militärstrafgesetzbuchs beschränkt, wonach ihr Mißbrauch bestraft wird; inhaltlich ist sie unbegrenzt.[1]) Gleichwohl findet auch die Gehorsamspflicht des Soldaten ihre Schranke am Gesetz und ist also in dieser Hinsicht juristisch nicht anders gestaltet als die Gehorsamspflicht des Staatsbeamten.

B.

I. Die zivilrechtliche Haftung bei Ausführung gesetzwidriger Befehle durch einen Staatsbeamten.

Die praktische Bedeutung der dargelegten Grundsätze zeigt sich bei der Beantwortung der Frage, welchen Einfluß die Gehorsamspflicht auf die Beurteilung der Rechtsfolgen ausübt, die entstehen, wenn der Beamte oder der Soldat in Ausführung des Befehls eines Vorgesetzten gegen das Gesetz handelt. Die Rechtsfolgen können für die Beamten dreifacher Art sein: er kann im Wege des Disziplinarverfahrens zur Verantwortung gezogen werden, wenn er seine Amtspflicht verletzt hat, es kann, wenn die Handlung gegen ein Strafgesetz verstößt, die strafrechtliche Verfolgung des Beamten eintreten, und es kann endlich, wenn fremde Rechtsgüter verletzt worden sind, die zivilrechtliche Haftung gegenüber den geschädigten Personen in Frage kommen. Grundsätzlich trägt der Beamte, wie jeder Staatsbürger, die Verantwortung für seine Handlungsweise selbst. Die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung können ihm aber dann nicht immer zugerechnet werden, wenn er auf Befehl eines Vorgesetzten gehandelt hat. Schon das römische Recht kannte den Satz: „Is damnum dat, qui iubet dare, eius vero nulla culpa est, cui parere necesse sit“ (l. 169 D 50, 17). Für alle drei Arten der Rechtsfolgen ist der Grundsatz festzuhalten, daß der Beamte dann nicht verantwortlich ist, wenn er den Befehl seiner vorgesetzten Behörde auszuführen *verpflichtet* war; nur dann kann seine eigene Verantwortlichkeit in Frage kommen, wenn er dem Vorgesetzten nicht unbe-

1) Laband Bd. IV S. 147 f.

dingten Gehorsam schuldete.[1]) Wie weit die Gehorsamspflicht geht, das ist eine staatsrechtliche Frage; sie ist in dem ersten Teile der Arbeit beantwortet worden. Es gilt, die gewonnenen Grundsätze auf die Frage nach den Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung, deren Beantwortung wir uns zur Aufgabe gemacht haben, anzuwenden. Die Literatur beschäftigt sich vorwiegend mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen; wir werden sie zum Vergleiche heranziehen können.

Durch eine gesetzwidrige Handlung kann der Beamte sowohl den Staat unmittelbar wie einen Dritten schädigen. Die Schadensersatzpflicht für die Verletzung der Amtspflicht dem Staate gegenüber ist, da der Beamte in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisse zum Staate steht, nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechts zu beurteilen; die darüber sich verhaltenden landesgesetzlichen Vorschriften sind durch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht beseitigt worden (Art. 80 des Einführungsgesetzes).[2])

Ist dagegen der Beschädigte ein Dritter, so kommt nur Privatrecht zur Anwendung. Als Ersatzpflichtige kommen sowohl der Staat, in dessen Dienste der Beamte steht, als auch der Beamte selbst in Betracht. Dabei ist zu unterscheiden, je nachdem der Beamte den Staat als juristische Person (Fiskus) vertritt oder Hoheitsrechte des Staates ausübt.[3]) Für eine Schädigung, die der Beamte bei der Ausübung fiskalischer Rechte, z. B. bei der Verwaltung des Staatsvermögens oder der Wahrnehmung der sich für den Staat als Eigentümer von Grundstücken und Gebäuden aus dem Nachbarrecht ergebenden Rechte und Pflichten, verursacht, haftet *neben* dem Beamten der Staat, und zwar gemäß den §§ 89, 31 (für außervertragliche Handlungen verfassungsmäßig berufener Vertreter), dem § 278 (für die von den Beamten bei der Erfüllung von vertraglichen Verbindlichkeiten des Staats verursachten Schädigungen) und dem § 831 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (für außervertragliche Handlungen eines zu einer Verrichtung bestellten Beamten).[4])

1) Laband Bd. I S. 447; v. Calker S. 10, 25; Freund S. 140; Bauer S. 900.

2) Laband a. a. O.; Delius S. 85; Oertmann Anm. 8 zu § 839; RG. Bd. 56 S. 339.

3) Vgl. zu dem Unterschiede RG. Bd. 71 S. 46.

4) Vgl. hierzu Loening, Haftung S. 57 ff.; Salman S. 78 Nr. 3; Delius S. 527 Anm. 3.

Wird bei der Ausübung von Hoheitsrechten, namentlich der obrigkeitlichen oder Regierungsgewalt, durch Handlungen des Beamten ein Schaden zugefügt, so haftet der Beamte selbst, soweit es sich um den Ersatz des durch Verletzung einer dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht verursachten Schadens aus § 839 BGB. handelt, dem Dritten nicht mehr. Die Haftung hierfür ist auf Grund der Artikel 3, 77 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche durch das preußische Gesetz vom 1. August 1909 „an Stelle" des preußischen Staatsbeamten dem Staate und durch das Reichsgesetz vom 22. Mai 1910 „an Stelle" des Reichsbeamten dem Reiche auferlegt worden. Nur das Reich oder der Staat können sich an den Beamten selbst halten und von ihm Ersatz des Schadens verlangen, den sie durch die ihnen auferlegte Verantwortlichkeit erleiden (§ 2 des Reichsgesetzes, § 3 des preußischen Gesetzes).

Die Entschädigungspflicht des Beamten selbst kann, da er, soweit er als solcher handelt, in keinem Rechtsverhältnisse zu dem Dritten steht, nur die außervertragliche sein. Sie ist, und zwar ebensowohl bezüglich der fiskalischen Vertreter wie der die Staatshoheit ausübenden Beamten,[1]) lediglich nach den Vorschriften über „unerlaubte Handlungen" (25. Titel des 2. Buchs des BGB.) zu beurteilen. Hier kommt vornehmlich der § 839 in Betracht, dessen Absatz 1 lautet:

> „Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag."

Die Anwendung des § 839 setzt also die Verletzung einer Amtspflicht, die dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegt, und ein Verschulden des Beamten voraus. Zunächst ist festzustellen, was unter der dem Beamten einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht zu verstehen ist.

Die Amtspflicht in dem Sinne der Verpflichtung zur Wahrnehmung bestimmter amtlicher Geschäfte überhaupt beruht auf dem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisse, in dem der Beamte steht. Sie ist die Pflicht, die dem Beamten dem Staate gegenüber obliegt, und beurteilt

1) RG. Kommentar Anm. 1 zu § 839.

sich daher lediglich nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes.[1]) Die Bezeichnung „einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht" im § 839 ist, wie die Motive besagen,[2]) gewählt, um dem Mißverständnisse vorzubeugen, daß die Verletzung einer Amtspflicht, die nicht unter die Voraussetzungen des § 704 des Entwurfs, der dem jetzigen § 823 BGB. entspricht — nämlich Verstoß gegen die allgemeinen Strafgesetze oder unberechtigter Eingriff in den Kreis der absoluten Rechte eines andern —, falle, deshalb nicht zum Schadensersatz verpflichte, weil die verletzte Pflicht „nur als eine obligatorische gegenüber dem Staate, der Gemeinde usw. als Dienstherrn bestehe und demzufolge auch nur der Dienstherr einen Anspruch auf Schadensersatz zu erheben vermöge". Es wird also hervorgehoben, daß der Beamte durch sein Amt nicht allein dem Staate, sondern auch dem Publikum zur Wahrnehmung gewisser amtlicher Geschäfte verpflichtet ist. Wann im Einzelfalle eine dem Beamten Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht vorliegt, darüber soll nach den Motiven das Landesrecht bestimmen.[3]) Eine allgemeine Regel hierfür gibt es nicht. Sicher ist zunächst, daß der § 839 ein amtliches Handeln voraussetzt, also eine Handlung, die der Beamte nicht „in Ausübung seiner amtlichen Funktionen lediglich als Privatperson vornimmt", sondern eine solche, die „ihrer Natur nach in den Bereich seines Amtskreises fällt".[4]) Wenn weiter mit der Bezeichnung „einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht" ein Gegensatz zu der öffentlichrechtlichen Amtspflicht, zu der der Beamte dem Staate gegenüber verpflichtet ist, ausgedrückt werden soll, so wird man eine solche überall da anzunehmen haben, wo der Beamte durch irgendeine rechtsgültige Vorschrift bei pflichtmäßigem Ermessen verpflichtet ist, im Interesse des Publikums eine amtliche Handlung vorzunehmen.[5]) Eine solche Verpflichtung kann sowohl durch Gesetz wie durch allgemeine

1) Delius 1901 S. 134 (Zus. zu S. 28); v. Schelhorn S. 544; Planck Anm. 3; RG. in Jur. Woch. 1908 S. 653 Nr. 2.

2) Bd. II S. 823.

3) Bd. II S. 825.

4) RG. Bd. 68 S. 278.

5) Das RG. (Bd. 68 S. 278) nimmt Verletzung einer Amtspflicht im Sinne von § 839 auch an, wenn der Beamte nur „vermöge seiner Dienststellung befugt war, nach freiem oder pflichtgemäßem Ermessen in der fraglichen Richtung amtlich zu handeln", so bei der Erteilung von Auskunft in Zollsachen durch Zollbeamte, ferner in Prozeßsachen durch einen nicht zuständigen Gerichtsschreiber. Das geht m. E. zu weit.

Dienstanweisungen und Verfügungen einer vorgesetzten Behörde begründet sein.[1]) Auszuscheiden sind nur solche Vorschriften, durch die lediglich die Wahrung der Ordnung im Dienste geregelt wird, die nur die Person der Beamten und ihr Verhältnis zueinander und zu der vorgesetzten Behörde betreffen. Man denke z. B. an die die Geschäftszeit regelnden Vorschriften. Anderseits kommt, wenn man den Motiven darin folgt, daß der § 839 die Schadensersatzpflicht nicht allein davon abhängig macht, daß die dem *Staate* gegenüber begründete Amtspflicht verletzt ist, sondern davon, daß der Beamte gegen Amtspflichten verstoßen hat, durch die die Interessen *dritter* Personen gewahrt werden sollten, für die Beurteilung der dem Beamten Dritten gegenüber obliegenden Pflichten nicht lediglich das öffentliche Recht, sondern auch das Privatrecht in Betracht. So werden z. B. durch die Bestimmungen der §§ 1837, 1843, 1844, 1846 BGB. dem Vormundschaftsrichter im Interesse des Mündels Pflichten auferlegt, deren Verletzung ihn, wie der § 1848 bestimmt, dem Mündel nach § 839 Abs. 1, 3 verantwortlich macht.

Die Voraussetzung der Verletzung einer dem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht ist die Besonderheit, die den § 839 von den die allgemeinen Haftungsgrundsätze enthaltenden §§ 823, 826 unterscheidet. Die Haftung des Beamten nach den Grundsätzen dieser Paragraphen ist aber durch den § 839 nicht ausgeschlossen. Sie tritt vielmehr dann ein, wenn der Beamte in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes einen Schaden verursacht, ohne eine ihm „dem Dritten gegenüber obliegende *Amtspflicht*“ zu verletzen.[2]) Sobald aber die Haftungsbedingungen des § 839 erfüllt sind, kommt nur dieser zur Anwendung.[3])

---

1) Delius d. J. Z. 1904 S. 529; v. Schelhorn S. 544. Das RG. sieht z. B. die Außerachtlassung der die richtige und prompte Ausfertigung der Telegramme betreffenden Dienstanweisungen als Verletzung der Amtspflicht Dritten gegenüber an (Urteil vom 29. 2. 1904, VI. 274/03).

2) Z. B. ein Beamter unterläßt einer polizeilichen Vorschrift zuwider bei Glatteis das Streuen von Sand vor dem seiner Aufsicht unterstellten Dienstgebäude (§ 823 Abs. 2). Vgl. ferner RG., Jur. Woch. 1908 S. 653 (ein königl. Förster hatte durch absichtliche Erregung von Geräuschen das Wild verscheucht und dadurch den Kläger in der Ausübung der Jagd gestört; der Fall wurde dem § 826 unterstellt).

3) RG. Komm. Anm. 1; Staudinger Anm. 3 zu § 839; Meltz S. 7;

Aus dem Dargelegten ergibt sich folgendes: Für schädigende Handlungen von Beamten bei Ausübung von fiskalischen Rechten haften sowohl der Beamte selbst wie der Staat.[1]) Ist der Schaden bei Ausübung von Hoheitsrechten verursacht worden, so haftet dem geschädigten Dritten, sofern die Voraussetzungen des § 839 erfüllt sind, nur der Staat (das Reich),[2]) soweit dagegen nur eine Haftung aus den §§ 823, 826 in Frage kommt, lediglich der Beamte. Bei den auf dem Gebiete des Privatrechts liegenden Handlungen oder Unterlassungen ist eine Haftung des Staats denkbar ohne ein Verschulden des ihn vertretenden Beamten (z. B. aus den §§ 231, 833, 904, 836 BGB., Haftpfl.G. vom 7. 6. 1871).[3]) Für hoheitsrechtliche Handlungen dagegen haftet der Staat nur unter den Voraussetzungen, unter denen der Beamte selbst nach § 839 haften würde, also nur dann, wenn dem Beamten ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) zur Last fällt. Eine Ausnahme hiervon bestimmen die Gesetze vom 1. August 1909 und 22. Mai 1910 (§§ 1 Abs. 2) nur insoweit, als der Staat (das Reich) auch den von einem Beamten im Zustande der Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit verursachten Schaden zu ersetzen hat, sofern die Billigkeit die Schadloshaltung erfordert.

Welchen Einfluß übt nun der Befehl auf die Schadensersatzpflichten aus? Während das Allgemeine Landrecht besondere Vorschriften über diese Frage enthielt (§ 45 I 6, vgl. oben S. 7), bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch nichts. Die Motive [4]) sagen bei der Erläuterung der allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen: „Überflüssig erscheint auszusprechen, daß derjenige, welcher dem Befehle eines andern kraft Gesetzes Gehorsam schuldig ist und durch die ihm in solcher Weise befohlene Handlung einen anderen beschädigt, hierfür nicht verantwortlich ist. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß, wenn das Gesetz zum Gehorsam verpflichtet, in dem Gehorsamleisten eine Widerrechtlichkeit sich nicht finden läßt." Ähnlich äußert sich

v. Schelhorn S. 536 ff.; a. M. Oertmann Anm. 2 c γ, der konkurrierende Ansprüche aus den §§ 823 und 839 annimmt.

1) RG. Komm. Anm. 1 zu § 31, Anm. 1 zu § 839; Oertmann Anm. 6; Staudinger Anm. 13 zu § 31; Delius S. 100.

2) Salman S. 79 Nr. 5.

3) Vgl. RG. Komm. Anm. 1 zu § 31.

4) Bd. II S. 730.

Staudinger:[1]) „Daß die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen ist, wenn die verletzende Handlung infolge eines Befehls vorgenommen worden ist, dem der Handelnde kraft Gesetzes zu gehorchen verpflichtet war, hat das Gesetz als selbstverständlich nicht ausdrücklich ausgesprochen." Die hier zum Ausdrucke gebrachte Ansicht wird auch in die Form gekleidet, daß eine materiell ungesetzliche Amtshandlung, wenn sie auf Befehl eines Vorgesetzten vorgenommen werde, in der Person des vollziehenden Beamten gesetzmäßig sei.[2]) Insbesondere wird in der Strafrechtslehre die Ansicht vertreten, daß der Befehl des Vorgesetzten als ein die Widerrechtlichkeit ausschließender Umstand (Rechtfertigungsgrund) wirke.[3]) Nun ist allerdings das Erfordernis der (objektiven) Widerrechtlichkeit der Handlung eine Voraussetzung der Entschädigungspflicht aus den die Beamtenhaftung hauptsächlich regelnden §§ 823, 826, 839 BGB. Im § 823 Abs. 1 wird dies ausdrücklich ausgesprochen, in den Fällen der §§ 823 Abs. 2, 826 und 839 ist es selbstverständlich; insbesondere ist die Verletzung der Amtspflicht stets objektiv widerrechtlich.[4]) Jene Ansicht ist jedoch verfehlt. Denn eine an sich rechtswidrige Handlung kann nicht dadurch, daß sie von einem Vorgesetzten befohlen wird, zu einer rechtmäßigen werden. Deshalb ist auch der Beamte, wie oben ausgeführt wurde, nicht gezwungen, auf Befehl des Vorgesetzten bewußt gegen das Gesetz zu handeln.[5])

---

1) Anm. 6 zu § 823.

2) So Freund S. 356.

3) So v. Liszt S. 152: „Der Befehl des Vorgesetzten an den Untergebenen schließt für diesen die Rechtswidrigkeit der auf Grund des Befehls vorgenommenen Handlung soweit aus, als die Rechtsordnung die unbedingt verbindende Kraft des Befehls anerkennt." Gleicher Ansicht Olshausen Anm. 15 a zu § 113, auch RG. in zahlreichen Entscheidungen; vgl. M. E. Mayer in Vergl. Darstellung, Bes. Teil, Bd. I S. 447 Anm. 1.

4) Meltz S. 6.

5) Loening, Verwaltungsrecht S. 122 Anm. 5, Haftung S. 120 f.; Binding S. 771: „Ist der vollstreckte Befehl gesetzwidrig, so ist die Handlung des Beamten dies auch." M. E. Mayer S. 131 ff. Vgl. auch das Urteil des RG. in Strafsachen Bd. 6 S. 440 (oben S. 18). — Kleinfeller a. a. O. S. 277, 321: Der Befehl an sich schließt die Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit nicht aus, er kann eine rechtswidrige Handlung nicht zur rechtmäßigen machen. — Heimberger, Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln, in Vergl. Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, A IV. Bd. S. 26: Der Befehl ist kein Grund, der die Rechtswidrigkeit ausschließen kann. Es kann

Zunächst ist die Vorfrage zu beantworten, wann überhaupt eine Verletzung der Amtspflicht vorliegt. Die Fälle, in denen das Gesetz den Beamten unter bestimmter Voraussetzung eine bestimmte amtliche Handlung vorschreibt, bieten keine Schwierigkeit. Der Beamte verletzt hier die Amtspflicht, wenn er der Gesetzesvorschrift ungeachtet gar nicht tätig wird oder doch nicht so, wie das Gesetz es verlangt. In den zahlreichen Fällen aber, wo das Verhalten des Beamten — sei es durch das Gesetz, sei es durch den Befehl des Vorgesetzten — in sein pflichtmäßiges Ermessen gestellt ist, läßt sich eine objektive Pflichtverletzung nur dann feststellen, wenn der Beamte entweder gar nichts veranlaßt hat, obwohl er irgendwie zu handeln verpflichtet war, oder wenn er die absolute Grenze seiner Zuständigkeit überschritten hat.

Steht eine objektive Pflichtverletzung fest, so äußert sich die Wirkung eines ihr zugrunde liegenden Befehls eines Vorgesetzten nicht in dem Ausschlusse der objektiven Rechtswidrigkeit, sondern auf dem subjektiven Gebiete, auf dem Gebiete des dem ausführenden Beamten beizumessenden Verschuldens. Ist ein Verschulden des Beamten nicht Voraussetzung der Haftung (wie bei der Haftung des Staats aus dem Haftpflichtgesetz und den §§ 833, 836 BGB.), so kommt es darauf, ob die schädigende Handlung oder Unterlassung auf dem Befehl eines Vorgesetzten beruht, überhaupt nicht an. Der Staat haftet, gleichviel ob die Schädigung durch das Verhalten des in erster Linie zu seiner Vertretung berufenen Beamten oder durch Handlungen oder Unterlassungen, die auf Anordnungen eines Vorgesetzten beruhen, verursacht worden ist. Dagegen äußert sich die Wirkung des Befehls überall da, wo ein Verschulden zur Begründung einer Entschädigungspflicht erforderlich ist, also insbesondere bei den hauptsächlichsten Fällen der Haftung für schädigende Handlungen von Beamten aus den §§ 823, 826, 839.

Laband [1]) behauptet allerdings, daß gemäß dem oben (S. 3) erwähnten § 13 des Reichsbeamtengesetzes der Reichsbeamte für gesetzwidrige Handlungen und Unterlassungen stets – ohne Rücksicht auf ein Verschulden — verantwortlich sei. Er könne sich nicht durch den Einwand entlasten, daß er die Handlung oder Unterlassung auf Befehl des Vorgesetzten begangen habe, wenn er eine formell gesetzwidrige

---

sich nur darum handeln, daß die Verantwortlichkeit dem Täter abgenommen wird und auf den Befehlenden übergeht.

1) Bd. I S. 447.

Handlung oder Unterlassung sich habe zuschulden kommen lassen. Ein Irrtum über die Ungesetzmäßigkeit seines Verhaltens entschuldige ihn nicht. Diese Ansicht [1]) wird jedoch mit Recht von den meisten Schriftstellern verworfen. Die teilweise schon wiedergegebene Entstehungsgeschichte des § 13 (oben S. 8 ff.) ergibt, daß hiermit ein materieller Haftungsgrundsatz nicht gegeben werden sollte. Der Regierungsentwurf sprach an der Stelle des jetzigen § 13 aus, daß die „Zulässigkeit der gerichtlichen Verfolgung eines Reichsbeamten wegen dienstlicher Handlungen oder Unterlassungen" einem Reichsgesetze vorbehalten bleibe. Im Reichstage wurde dann der jetzige § 13 an die Stelle dieser Bestimmung gesetzt. Man wollte damit lediglich zum Ausdrucke bringen, daß die gerichtliche Verfolgbarkeit der Reichsbeamten reichsrechtlichen Beschränkungen nicht unterliege,[2]) daß vielmehr der Reichsbeamte für die Gesetzwidrigkeit seiner Handlungen nach dem Rechte seines Amtssitzes verantwortlich sein sollte.[3]) Ein bei der Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der zweiten Reichstagskommission gestellter Antrag, neben der Haftung des Beamten für Verletzungen der Amtspflicht auszusprechen, daß der Beamte ohne Rücksicht auf ein Verschulden hafte, wenn er „in Ausübung seiner amtlichen Wirksamkeit" eine Gesetzesvorschrift verletze, wurde unter Hinweis darauf, daß die Ansicht Labands verfehlt sei, abgelehnt.[4]) Der § 13 läßt also die materiellen Grundsätze der Beamtenhaftung unberührt, diese sind jetzt lediglich aus den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu entnehmen.

Das Verschulden muß sich im Falle des § 823 auf die Voraussehbarkeit der Rechtsgüterverletzung (Abs. 1) oder der Verletzung des Schutzgesetzes (Abs. 2) beziehen. Zur Anwendung des § 839 genügt es, wenn der Beamte wissentlich und willentlich seine Amtspflicht verletzt hat oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte voraussehen müssen, daß er seiner Amtspflicht zuwiderhandle. Dagegen setzt die Anwendung der §§ 823, 839 nicht voraus, daß der Beamte die

---

1) Ähnlich Zorn S. 326.

2) Planck Anm. 1; Staudinger Anm. 13 zu § 839; Freund S. 358 Anm. 98; v. Schelhorn S. 354; Meltz S. 3; Bauer S. 896; M. E. Mayer, Befehl, S. 138; auch RG. Bd. 32 S. 328; Perels-Spilling S. 2: § 13 habe nur „formale Bedeutung".

3) Abg. Planck S. 895 der Druckf. d. Reichstages.

4) Kommissionsbericht S. 115.

Entstehung eines Schadens voraussah oder voraussehen konnte.[1])

Ein Verschulden liegt nun dann nicht vor, wenn der Handelnde aus entschuldbarem Irrtume die Vollziehung der schädigenden Handlung für erlaubt gehalten hat. Der § 707 des ersten Entwurfs zum Bürgerlichen Gesetzbuche schloß für derartige Fälle allgemein die Schadensersatzpflicht aus, weil, wie die Motive[2]) hierzu erklären, „Vorsatz oder Fahrlässigkeit in bezug auf die Handlung ausgeschlossen" seien; entschuldbar sei der Irrtum, sowohl derjenige über Tatsachen als der Rechtsirrtum, wenn er nicht auf Fahrlässigkeit beruhe; auch der Rechtsirrtum müsse die Verpflichtung zum Schadensersatz erledigen, weil auch bei einem solchen weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit vorliege; bestehe aber der Rechtsirrtum nur darin, daß die Rechtsnorm, welche eine Handlung gebiete oder verbiete, nicht gekannt werde, so werde sich allerdings nur unter besonderen Umständen Entschuldbarkeit des Irrtums annehmen lassen. In der zweiten Kommission wurde der § 707 gestrichen, weil er eine „selbstverständliche Folgerung aus dem Verschuldungsprinzip" ziehe.[3]) Diese in den Gesetzesmaterialien enthaltenen Äußerungen sind richtig. Hat sich der Handelnde über die Erlaubtheit seiner Handlung im Irrtume befunden, so kommt es darauf an, ob der Irrtum zu entschuldigen ist oder ob er auf Fahrlässigkeit beruht. Ersterenfalls trifft den Handelnden keine Verantwortlichkeit, im letzteren Falle ist er verantwortlich zu machen. Ein allgemeiner Grundsatz dafür, wann der Irrtum dem Handelnden zuzurechnen ist und wann nicht, läßt sich nicht aufstellen, vielmehr wird man dies nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheiden haben.[4])

---

1) Oertmann Anm. 3; Staudinger Anm. 5 b α zu § 839; v. Schelhorn S. 543; RG. in Jur. Wochensch. 1907 S. 828 Nr. 4.

2) Bd. II S. 731.

3) Protokolle Bd. II S. 584.

4) Oertmann Anm. 8; Staudinger Anm. II C 4 zu § 823; M. E. Mayer S. 148. Vgl. auch RG. in Jur. Wochensch. 1907 S. 251: „Fahrlässig war die Nichterfüllung der Verpflichtung nicht, wenn die Bekl. die Verpflichtung nicht kannte und wenn diese Unkenntnis nicht die Folge einer Fahrlässigkeit war. Dabei ist es grundsätzlich ohne Bedeutung, ob die Unkenntnis auf einem Irrtum tatsächlicher Art oder auf einem Rechtsirrtum beruhte, da das BGB. beide Arten des Irrtums im wesentlichen gleich behandelt; entscheidend ist vielmehr, ob der Irrtum nach den Grundsätzen über die im Verkehr erforderliche Sorgfalt entschuldbar war oder nicht, und in dieser Beziehung wird man im Einzelfall allerdings strengere Anforderungen zu stellen haben, wenn es

Auch der Befehl einer vorgesetzten Behörde kann einen entschuldbaren Irrtum hervorrufen, und zwar auf zweierlei Weise. In den meisten Fällen wird der angewiesene Beamte die Rechtmäßigkeit des ihm erteilten Befehles voraussetzen und ihn unbeanstandet vollziehen. Ist der Befehl gleichwohl rechtswidrig, so befindet sich der Beamte in einem Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Befehls. Es kann aber auch vorkommen, daß der Beamte die Rechtswidrigkeit zwar genau erkennt, jedoch der Meinung ist, daß er zur Vollziehung des Befehls trotz seiner Rechtswidrigkeit — verpflichtet sei. Dann befindet er sich im Irrtum über die Verbindlichkeit des Befehls. In beiden Fällen schließt sein Irrtum, wenn er nach den Umständen des Falles zu entschuldigen ist, ein Verschulden aus. Als Maßstab für die von dem Beamten zu fordernde Sorgfalt wird man den eines pflichtgetreuen Durchschnittsbeamten anzulegen haben.[1])

Untersuchen wir daraufhin die im ersten Teile der Arbeit aufgestellten Grundsätze über die Gehorsamspflicht des Beamten, so kommen wir zu folgenden Ergebnissen:

1. Befolgt der Beamte einen (im oben dargelegten Sinne) formell rechtswidrigen Befehl, so wird er sich in der Regel auf seinen Irrtum über die Rechtswidrigkeit oder die Unverbindlichkeit des Befehls nicht berufen können. Jeder Beamte muß die gesetzlichen Formen für die ihn betreffenden amtlichen Anordnungen und seinen Geschäftskreis sowie denjenigen seiner Vorgesetzten kennen. Die Pflicht, die formelle Gesetzmäßigkeit des Befehls nachzuprüfen, stellt daher an ihn keine allzu großen Anforderungen. Verabsäumt er sie, so wird sein Irrtum nicht zu entschuldigen und demgemäß die Haftung begründet sein.[2]) So würde in dem oben (S. 11 f.) erwähnten Beispiele der Lokomotivheizer verantwortlich sein, wenn infolge seiner Untüchtigkeit der Zug entgleist. Ferner wird dem ausführenden Beamten in den meisten Fällen einer auf Befehl vorgenommenen strafbaren Handlung ein Verschulden beizumessen sein, weil er das Fehlen der abstrakten Zuständigkeit verkannt hat.

2. Wird dem Beamten ein materiell dem Gesetze nicht entsprechender Befehl erteilt, so ist zu unterscheiden:

---

sich um einen Rechtsirrtum, namentlich um den Irrtum über den Inhalt einer gesetzlichen Bestimmung handelt."

1) Staudinger Anm. 5 bβ zu § 839; Delius S. 30; v. Schelhorn S. 526.

2) Insofern also im Ergebnisse übereinstimmend mit Laband (oben S. 39 f. zu § 13 RBG.).

a) Besteht die Mangelhaftigkeit darin, daß der befehlende Vorgesetzte das Gesetz nicht richtig angewendet hat, so ist ein Verschulden des ausführenden Beamten in jedem Falle ausgeschlossen, weil er dem Befehle Folge zu leisten verpflichtet ist.

b) Steht dagegen der Befehl (im oben dargelegten Sinne) in einem Gegensatz zum Gesetz, entbehrt er also der durch das Gesetz ausdrücklich bestimmten materiellen Voraussetzungen oder verstößt er gegen ein ausdrückliches gesetzliches Verbot oder hat der Befehlende sich bewußt (böswillig) über die gesetzlichen Bestimmungen hinweggesetzt, so wird es sich fragen, ob der ausführende Beamte die Gesetzwidrigkeit gekannt hat. Ist dies nicht der Fall, so wird ihn sein Irrtum, da er zur Nachprüfung der materiellen Rechtmäßigkeit nicht verpflichtet ist, in der Regel entschuldigen. Hat er die Rechtswidrigkeit erkannt, den Befehl aber gleichwohl für verbindlich gehalten, so werden die Umstände des Falles z. B. die Bildungsstufe des Beamten, die ihm erteilten allgemeinen Weisungen dafür maßgebend sein, ob sein Irrtum über die Unverbindlichkeit des Befehls ihm zuzurechnen ist. Hat er den Befehl trotz genauer Kenntnis der Rechtswidrigkeit und voller Überzeugung von der Unverbindlichkeit ausgeführt, so trifft ihn ein Verschulden.

In allen Fällen, in denen der untergeordnete Beamte durch den Befehl des Vorgesetzten entlastet wird, trifft die Verantwortlichkeit ausschließlich den befehlenden Vorgesetzten. Soweit das Reich oder der Staat für die schädigenden Handlungen oder Unterlassungen ihrer Beamten aufzukommen haben, ist es für deren Haftung dem Geschädigten gegenüber, wenn es sich lediglich um Reichsbeamte oder lediglich um unmittelbare Staatsbeamte handelt, unerheblich, welchem der beteiligten Beamten das Verschulden beizumessen ist, da das Reich oder der Staat für beide einzustehen haben.

Ist dagegen der anordnende Beamte ein unmittelbarer, der angewiesene ein mittelbarer Staatsbeamter — z. B. ein Regierungspräsident oder ein Landrat erteilt einem Gemeindevorsteher eine Anordnung —, so wird für die Ansprüche des Geschädigten die Frage bedeutsam, ob auch der ausführende Beamte schuldhaft gehandelt hat. Ist dies der Fall, so haftet dem Geschädigten außer dem preußischen Staatsfiskus auch der Kommunalverband, dem der untergeordnete Beamte angehört (§ 4 des preuß. Gesetzes vom 1. August 1909). Ist der Kommunalbeamte durch den Befehl entschuldigt, so haftet nur der Staatsfiskus. In jedem Falle

ist dann, wenn der Staat (das Reich, der Kommunalverband) die beteiligten Beamten in Anspruch nimmt, die Frage zu entscheiden, ob nur den Vorgesetzten oder auch den Untergebenen ein Verschulden trifft. Ist auch der Untergebene verantwortlich, so haften beide nach § 840 des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Gesamtschuldner. In den Fällen, wo ein Beamter im Zustande der Bewußtlosigkeit oder der Geistesstörung einen gesetzwidrigen Befehl erteilt oder der angewiesene Beamte in einem solchen Zustande einen gesetzwidrigen Befehl ausführt, kann (außer der durch die Absätze 2 der §§ 1 der Gesetze vom 1. August 1909 und 22. Mai 1910 dem Staate oder dem Reiche aus der Person des im krankhaften Zustande handelnden Beamten auferlegten Billigkeitshaftung, vgl. oben S. 37) die volle Haftung des Staates oder des Reiches — ohne Rücksicht auf die Billigkeit — aus der Person des anderen, nicht durch Bewußtlosigkeit oder Krankheit entschuldigten Beamten in Frage kommen, wenn dem letzteren — sei es dem befehlenden oder dem ausführenden Beamten — ein Verschulden beizumessen ist.

Die Sonderstellung der Richter bedingt auch hinsichtlich der Haftung für schädigende Handlungen eine von den dargelegten Grundsätzen abweichende Regelung. Da der Richter in der Ausübung seiner richterlichen Tätigkeit im allgemeinen vollkommen selbständig ist und die Anordnungen einer übergeordneten Behörde nicht berücksichtigen darf, so ist er für die Rechtmäßigkeit seiner Amtshandlungen stets selbst verantwortlich und kann sich nicht mit dem Hinweise auf eine Anordnung entlasten

Insbesondere würde er — und dem Geschädigten gegenüber an seiner Stelle der Staat — haften, wenn er auf Anweisung eines übergeordneten Beamten sich einer vorsätzlichen Rechtsbeugung bei der Urteilsfällung zum Nachteile einer Partei schuldig machen würde (§ 839 Abs. 2 BGB., § 336 StGB.). Nur soweit der Richter den Anweisungen der übergeordneten Behörde nach dem Gesetze Folge zu leisten verpflichtet ist — z. B. der Grundbuchrichter wird im Beschwerdewege von dem übergeordneten Landgericht angewiesen, eine Eintragung im Grundbuche vorzunehmen —, kommen, wenn durch die Ausführung der Anweisung ein Schaden verursacht wird, die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung. Durch die Anweisung der übergeordneten Behörde wird hier in der Regel ein Verschulden des ausführenden Beamten ausgeschlossen sein. Die Haftung des Staates ist jedoch auch in diesem Falle begründet, wenn die übergeordnete Behörde ein Verschulden trifft.

II. Die zivilrechtliche Haftung bei Ausführung gesetzwidriger Befehle durch einen Soldaten.

Die Haftung des gemeinen Soldaten für schädigende Handlungen ist nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 823, 826 des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Haftung aus unerlaubten Handlungen zu beurteilen. Bezüglich der Haftung des Offiziers kommt in Betracht, daß dieser in juristischem Sinne als Beamter anzusehen ist. Während die Dienstpflicht des gemeinen Soldaten auf der allgemeinen Wehrpflicht beruht (Artikel 57 der Reichsverfassung), also eine Untertanenpflicht ist, gründet sich die Dienstpflicht des Offiziers nach der herrschenden Ansicht auf einen freiwillig mit dem Staate abgeschlossenen Vertrag, kraft dessen er zur Ausübung staatlicher Hoheitsrechte verpflichtet ist.[1]) Verletzt also ein Offizier die ihm obliegenden Dienstpflichten, so verletzt er seine Amtspflicht; die daraus entspringende Haftung ist, wenn die verletzte Pflicht als eine solche anzusehen ist, die dem Offizier „einem Dritten gegenüber" oblag (z. B. die Pflicht, bei einem Scharfschießen die nötigen Absperrungs- und Sicherungsmaßnahmen anzuordnen), nach § 839 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beurteilen.[2]) [3]) Durch das Reichsgesetz vom 22. Mai 1910 (§ 1 Abs. 1) ist die hieraus sich ergebende Haftung auch bezüglich der Personen des Soldatenstandes, gleichviel ob sie die Eigenschaft als Beamte haben oder nicht, auf das Reich übertragen worden.

Die Haftung aus den §§ 823, 826 und 839 setzt, wie oben dargelegt wurde, ein Verschulden des Handelnden voraus. Mithin ist auch die Haftung des Soldaten, mag sie auf diesen oder jenen Paragraphen gestützt werden, und damit auch die an seiner Stelle das Reich treffende Haftung von einem persönlichen Verschulden des Soldaten abhängig. Daraus ergibt sich folgendes:

---

1) Laband Bd. IV S. 180. Deutsches Reichsstrafrecht S. 358: „Der Offizier ist im juristischen Sinne ein Staatsbeamter; die von ihm verwaltete Stelle im Heere ist ein Staatsamt, die ihm obliegenden Pflichten sind Beamtenpflichten." Ferner Schulze S. 306; G. Meyer S. 504; Delius S. 22; Binding S. 386 Nr. 1.

2) So auch Oertmann Anm. 2 a; RG. in Zivils. Bd. 54 II S. 198, Bd. 55 S. 171, Bd. 72 S. 350 (bezüglich des Kommandanten eines Kriegsschiffes), Urteil vom 28. 3. 1912 (Warneyer, Ergänzungsband S. 293).

3) Dasselbe gilt für den sogen. Kapitulanten, d. h. den Gemeinen, der sich zu militärischen Diensten über die Zeit der gesetzlichen Dienstpflicht hinaus verpflichtet. Laband Bd. IV S. 201 f.

Wird durch eine auf Befehl eines militärischen Vorgesetzten ausgeführte materiell gesetzwidrige Handlung die Schädigung eines Dritten verursacht, z. B. durch gesetzwidrigen Waffengebrauch, durch gesetzwidriges Reiten über ein nicht abgeerntetes Kornfeld, so haftet der Untergebene und an seiner Stelle dem Dritten gegenüber das Reich, da der Soldat die materielle Rechtmäßigkeit des Befehls nicht nachzuprüfen hat, nur dann für den Schaden, wenn er sich der Rechtswidrigkeit und der Unverbindlichkeit des Befehls bewußt gewesen ist. Diese Voraussetzungen werden sehr selten erfüllt sein. In den meisten Fällen wird der Soldat den Befehl befolgen, weil er an seiner Rechtmäßigkeit nicht zweifelt oder doch der Meinung ist, daß er ihn unter allen Umständen ausführen müsse; dann ist er nicht verantwortlich. Sein Irrtum, der mit Rücksicht auf die militärischen Dienstverhältnisse weit mehr als der Irrtum eines Staatsbeamten Berücksichtigung finden muß, schließt ein Verschulden auf seiner Seite und damit eine Haftung aus seiner Person aus. Dagegen ist der Vorgesetzte, der den Befehl erteilt hat, wenn ihm nach den Umständen ein Verschulden beizumessen ist, verantwortlich und damit die Haftung des Reichs dem Dritten gegenüber begründet.

Hat ein Soldat den Befehl eines Nichtvorgesetzten befolgt (z. B. den Befehl eines nur dienstlich Vorgesetzten in einer dessen Befehlsgewalt nicht unterstehenden Angelegenheit), so trägt er grundsätzlich selbst die Verantwortung. Hat er sich aber in dem nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Irrtum befunden, den Befehl eines Vorgesetzten erhalten zu haben und deshalb zur Befolgung des Befehls verpflichtet zu sein — wie die im Falle des Schuhmachers Voigt in Cöpenick beteiligten Soldaten —, so ist ihm ein Verschulden nicht beizumessen und damit seine Verantwortlichkeit ausgeschlossen.

Thesen.

1. Die Gehorsamspflicht des Staatsbeamten und die Gehorsamspflicht des Soldaten sind grundsätzlich gleichgestaltet. Beide schulden nur gesetzmäßigen Befehlen Gehorsam.

2. Aus § 47 des Militärstrafgesetzbuchs ist nicht zu folgern, daß ein Befehl in Dienstsachen, der eine als strafrechtliche Übertretung aufzufassende Handlung zum Gegenstande hat, von dem Untergebenen, obwohl er die Strafwürdigkeit des Befehlsinhalts erkennt, befolgt werden muß.

3. Die objektive Rechtswidrigkeit einer Handlung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie auf Befehl eines Vorgesetzten vorgenommen wird. Die Wirkung des Befehls äußert sich auf dem Gebiete der subjektiven Rechtswidrigkeit, auf dem Gebiete des dem ausführenden Beamten beizumessenden Verschuldens. Der Befehl schließt ein Verschulden aus, wenn der ausführende Beamte sich in einem entschuldbaren Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Befehlsinhalts oder über die Verbindlichkeit des Befehls befunden hat.

4. Verletzt ein mittelbarer Staatsbeamter in Ausführung des Befehls eines unmittelbaren Staatsbeamten eine ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so haftet dem geschädigten Dritten, wenn der Befehl ein Verschulden des ausführenden Beamten ausschließt, nur der Staatsfiskus. Ist der ausführende Beamte durch den Befehl nicht entschuldigt, so haften der Staatsfiskus und dasjenige Gemeinwesen, dem der ausführende Beamte angehört, dem Geschädigten als Gesamtschuldner. § 839 BGB., §§ 1, 4 des preußischen Gesetzes vom 1. August 1909.

5. Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts ist auch gegenüber unpfändbaren Lohn- und Gehaltsforderungen zulässig.

6. Ein Vertrag zwischen einem Arbeitgeber und einem Angestellten, durch den ausgemacht wird, daß der unpfändbare Teil des Lohns oder Gehalts dem Angestellten, der pfändbare Teil dagegen der Ehefrau des Angestellten zustehen soll, kann, wenn er lediglich in der Absicht geschlossen ist, den Gläubigern des Angestellten die Gehaltspfändung unmöglich zu machen, den Arbeitgeber den Gläubigern des Angestellten gemäß § 826 BGB. zum Schadensersatze verpflichten.

Lebenslauf.

Am 11. September 1883 wurde ich, Walter Ludwig Ernst Krantz, zu Königsberg i. Pr. als Sohn des jetzigen Reichsgerichtsrats Dr. Ernst Krantz in Leipzig und seiner Ehefrau Martha geb. Muttray geboren. Ich bin preußischer Staatsangehöriger, evangelischer Konfession. Meine Schulbildung habe ich auf dem Königlichen Wilhelmsgymnasium in Königsberg und auf dem Nikolai-Gymnasium in Leipzig erhalten, das ich Ostern 1902 mit dem Reifezeugnisse verließ. Ich widmete mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Königsberg, Leipzig und Halle. Meine akademischen Lehrer waren die Herren Professoren Arndt, von Blume, Diehl, Finger, Friedberg, Gerlach, Gradenwitz, Güterbock, Heymann, Lastig, Loening, Manigk, Schwartz, Sohm, Strohal, Wach. Am 4. Juli 1905 bestand ich in Königsberg die erste juristische Staatsprüfung und war dann als Referendar bei den Amtsgerichten in Mehlauken und Delitzsch, bei dem Landgericht in Naumburg a. S., bei der Staatsanwaltschaft in Halle a. S., bei den Rechtsanwälten Dr. Dietsch und Dr. Mothes in Leipzig, bei dem Amtsgericht Berlin-Mitte und beim Kammergericht beschäftigt. Vom 1. Oktober 1906 bis 1. Oktober 1907 genügte ich meiner militärischen Dienstpflicht in Naumburg a. S. Am 10. Januar 1911 bestand ich die große juristische Staatsprüfung. Als Assessor bin ich zunächst beim Amtsgericht und seit September 1911 beim Landgericht in Posen beschäftigt gewesen. Am 23. März 1912 bestand ich vor der hohen juristischen Fakultät der Universität Halle das examen rigorosum. Bei meiner Dissertation habe ich wertvolle Ratschläge des Herrn Professor Dr. von Blume, jetzt in Tübingen, verwertet, wofür ihm an dieser Stelle besonders gedankt sei.